UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

L'Acte Public sur les matières ci-après
a été présenté et soutenu le 27 Octobre 1947, à 14 h. 30
PAR

Yvon LOUSSOUARN
Lauréat de la Faculté

JURY

Président : M. R. HOUIN, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes
Suffragants : M. A. TRASBOT, Doyen de la Faculté de Droit de Rennes
M. P. BOUZAT, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (Société Coopérative), 22, rue de Nemours
—
1949

LES CONFLITS DE LOIS
EN
MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

L'Acte Public sur les matières ci-après
a été présenté et soutenu le 27 Octobre 1947, à 14 h. 30

PAR

Yvon LOUSSOUARN

Lauréat de la Faculté

JURY

Président : M. R. HOUIN, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes
Suffragants : M. A. TRASBOT, Doyen de la Faculté de Droit de Rennes
M. P. BOUZAT, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (Société Coopérative), 22, rue de Nemours
—
1949

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. — Depuis le XIX^{e} siècle, la création et le développement d'une entreprise de quelque importance nécessitent des apports de capitaux tels qu'ils dépassent les possibilités individuelles. Cette inaptitude des individus isolés, accrue chaque jour par la dépréciation de la monnaie les conduit à s'associer et l'on peut dire que l'activité humaine tend de plus en plus à prendre dans ses manifestations la forme collective. Cette tendance est particulièrement nette en matière commerciale où le besoin de capitaux se fait sentir avec une intensité plus grande que partout ailleurs. Elle s'est manifestée par le développement extraordinaire des sociétés commerciales qui ont pris une place prépondérante dans l'activité économique des différents Etats.

Le développement des sociétés commerciales a donc été la conséquence d'une nécessité inéluctable. Il a fait sentir ses effets bienfaisants particulièrement dans le domaine du commerce international dont il a grandement favorisé l'expansion.

Il serait vain en effet de chercher à nier le parallélisme qui existe entre le développement des sociétés et l'extension du commerce international et l'influence réciproque qu'ils ont eue l'un sur l'autre.

Les exigences du commerce international ont été un des facteurs qui ont le plus puissamment contribué à l'éclosion et au développement des sociétés, car ces dernières constituaient la seule forme qui convint à des entreprises qui devaient posséder une envergure suffisante pour que leur activité, débordant le cadre, aujourd'hui trop étroit des frontières d'un Etat pût se manifester dans toute son ampleur sur le plan international.

Inversement le développement des sociétés, en multipliant le nombre des entreprises à grand rayon d'action a provoqué un nouvel essor du commerce international.

L'interdépendance de ces deux facteurs explique le rôle qu'ont joué depuis le début du XX^{e} siècle les sociétés commerciales sur le plan international, rôle qui a atteint une importance telle que l'on peut affirmer, sans craindre d'être taxé d'exagération que le commerce international s'effectue presque exclusivement par l'intermédiaire des sociétés dont il constitue le domaine de prédilection.

Or le développement des sociétés sur le plan international par l'expansion territoriale de l'activité d'une société rattachée originairement à un pays unique ou par la création de compagnies internationales dès leur naissance ont posé au juriste des problèmes originaux ayant leur source dans la dissémination sur le territoire de plusieurs Etats des divers éléments de la société.

On peut en effet parfaitement concevoir, et ce n'est plus aujourd'hui une simple hypothèse d'école qu'une société ait son siège social en France, son centre d'exploitation en Italie. Les actionnaires peuvent appartenir à des pays différents, son capital étant détenu par des belges, des Anglais, des Américains.

Dans ces conditions, du fait de l'éparpillement des éléments de la société, de nouveaux problèmes sont nés, problèmes nombreux et particuliers qui débordent le cadre du droit interne et dont le droit international privé peut seul donner la solution. A quel Etat rattacher une semblable société, à quelle loi la soumettre, quelles obligations lui imposer, quels droits lui accorder ?

L'originalité de ces problèmes leur confère un intérêt indéniable du point de vue de la spéculation juridique. Elle permet de vérifier relativement aux sociétés commerciales le jeu des grands principes du Droit International Privé et de voir si l'évolution récente de cette discipline vers la territorialité du droit peut trouver ici un champ d'application propice à sa consécration ou si au contraire le particularisme de la notion de société peut y faire obstacle.

Cet intérêt spéculatif se double d'un intérêt pratique considérable à raison de l'importance déjà soulignée du rôle joué par les sociétés dans le commerce international.

Cependant, il est permis de se demander si l'intérêt de l'étude des problèmes relatifs au droit international des sociétés n'est pas lié au libéralisme économique et si, par suite il ne se trouve pas diminué à l'heure actuelle.

En effet, ce libéralisme économique semble aujourd'hui révolu. Les pays communistes par la nationalisation des sociétés et du commerce extérieur l'ont fait complètement disparaître.

Quant aux autres pays, ils lui portent tous une atteinte très grave par l'instauration du contrôle du commerce et des changes avec toute la réglementation d'ordre public qui en résulte. Le droit Français, sous la pression des circonstances économiques s'est engagé lui aussi dans la voie du dirigisme. Les dispositions législatives récentes reflètent cette tendance de l'Etat à s'immiscer dans la vie des sociétés et à exiger que la création des entreprises les plus importantes soit soumise à son investiture (1).

1. — (1) On peut citer à titre d'exemple caractéristique l'art. 82 de la loi de Finance du 23 Décembre 1946 qui dispose : « toute augmentation de capital

2. — En dépit du caractère certain de cette évolution, il ne semble pas qu'à son stade actuel, elle retire tout intérêt à l'étude des problèmes que posent les sociétés commerciales en droit international privé.

Son incidence est d'ailleurs susceptible de varier selon la nature du problème envisagé, car elle ne s'exerce pas de façon uniforme sur les problèmes relatifs à la jouissance des droits et sur ceux touchant aux conflits de lois.

Sur le terrain de la jouissance des droits, l'instauration du dirigisme tend d'une façon générale à accroître l'intérêt du problème. En effet, plus l'Etat tend à patronner ses propres sociétés plus il s'intéresse au commerce et plus il cherche à protéger ses sociétés contre la concurrence étrangère. Il est par là même amené à leur faire une situation préférentielle en réduisant les droits accordés aux sociétés étrangères. Or, c'est cette situation préférentielle qui crée les problèmes de jouissance des droits. L'intérêt de ces problèmes ne disparaîtrait que si, adoptant une solution extrémiste, l'Etat interdisait aux sociétés étrangères tout exercice de leur activité sur son territoire. Mais il est douteux qu'en France on aille aussi loin, car les sociétés étrangères constituent un agent de production dont notre économie a besoin.

Sur le terrain du conflit de lois, l'incidence exercée par l'immixtion de l'Etat dans la vie des sociétés est toute différente. L'exigence d'une autorisation gouvernementale préalable à la création de la société tend à attribuer à la société une loi impérative: celle de l'Etat donneur de l'autorisation. Quant à la nationalisation des entreprises, elle a pour conséquence d'écarter les principes normaux de solution de conflits de lois. La société n'étant plus qu'une émanation de l'Etat, son activité en territoire étranger sera réglementée par des conventions internationales.

Dans ces conditions les problèmes de conflits de lois disparaissent ; toutefois leur disparition est liée plus à la nationalisation des sociétés qu'à l'instauration d'un simple contrôle étatique. C'est pourquoi leur étude conserve tout son intérêt pratique en l'état actuel du droit Français.

Ce rapide examen de l'influence que peuvent exercer dans l'avenir le dirigisme et la nationalisation sur la solution des

sous quelque forme que ce soit, toute émission, exposition, mise en vente, introduction sur le marché en France d'emprunts, obligations, actions et titres des collectivités publiques et sociétés françaises sont soumises à l'autorisation préalable du ministre des Finances. Cette disposition n'est toutefois applicable qu'aux opérations d'un montant supérieur à 25 millions de francs.

Les infractions sont passibles des amendes prévues à l'art. 2 de la loi du 31 Mai 1916. — L'art. 463 du Code Pénal est applicable ».

problèmes que pose l'activité des sociétés sur le plan international montre, outre la survivance de leur intérêt, la différence de nature des divers problèmes qui se posent : problèmes qui ressortissent soit à la jouissance des droits soit aux conflits de lois (1).

Cet ouvrage sera consacré à l'Etude des seuls problèmes de conflits de lois. Ce choix peut paraître paradoxal, car nous venons de faire remarquer que l'intervention de l'Etat dans la vie des sociétés peut dans un avenir plus ou moins lointain supprimer les conflits de lois relatifs aux sociétés alors qu'elle tend indirectement à accroître l'intérêt des problèmes de jouissance des droits.

Ce choix se justifie néanmoins pour une double raison :

Tout d'abord, si les problèmes de conflits de lois peuvent peut-être disparaître dans l'avenir, ils conservent à l'heure actuelle tout leur intérêt pratique, comme nous l'avons montré.

D'autre part, aucun ouvrage n'a été, à notre connaissance consacré aux conflits de lois en matière de sociétés. S'il existe relativement au droit international des sociétés une littérature judiridique déjà abondante, elle a surtout trait au problème de la nationalité des sociétés et à celui de la reconnaissance internationale

2. — (1) M. Niboyet a très bien montré la nécessité de répartir les problèmes relatifs au droit international des sociétés sous ces deux rubriques : Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, revue D. Inter. Pr. 1927 p. 402). La justification de cette distinction nous semble résider principalement dans le fait que les problèmes de jouissance des droits sont plus fortement teintés de politique économique que ceux de conflits de lois.

En effet, la détermination de l'allégeance de la société envisagée sous l'angle de la jouissance des droits est intimement liée à la politique économique de l'Etat. C'est essentiellement sur des contingences économiques qu'un pays doit se fonder pour restreindre ou étendre les droits accordés aux sociétés étrangères. Une seule considération doit être déterminante : la concurrence des sociétés étrangères risque-t-elle de constituer un obstacle au développement du commerce français ou au contraire est-elle favorable à l'économie nationale ? Dans cette dernière hypothèse on pourra arriver à admettre une équivalence de traitement entre sociétés françaises et étrangères et supprimer par là-même l'intérêt de la détermination du lien d'allégeance. Les problèmes de condition des étrangers sont donc contingentés et suivent les fluctuations de la politique économique.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à une société commerciale, les considérations économiques jouent un rôle beaucoup moins important. Le but poursuivi par un Etat dans la solution des conflits de lois est toujours de chercher à donner à sa propre législation qu'il considère comme la meilleure le domaine d'application le plus vaste possible. Il faut essayer de soumettre à la loi française le plus grand nombre possible de sociétés. La solution du problème dépend dans ces conditions de la répartition géographique des sociétés entre les différents pays. Si la France a sur son territoire plus de sociétés composées de capitalistes étrangers qu'il n'y a dans les autres pays de sociétés faisant appel à l'épargne française, l'Etat français aura intérêt à adopter un critère de détermination fondé sur la territorialité. Si le rapport de fréquence se trouve inversé, c'est dans un criterium personnaliste que se trouveront les meilleures chances de salut.

de la personnalité morale et des droits qui doivent être accordés aux sociétés étrangères, tous problèmes qui ressortissent plus ou moins étroitement à la jouissance des droits.

Au contraire, même à l'époque du libéralisme économique les problèmes de conflits de lois sont demeurés dans l'ombre. L'ouvrage de Pillet « Des personnes morales en droit international privé » qui présentait une remarquable synthèse des problèmes relatifs au droit international privé des sociétés date de 1913 et si les principes juridiques sont demeurés les mêmes, les situations se sont modifiées depuis cette époque. D'ailleurs l'objet très vaste de l'étude de Pillet ne lui avait permis de consacrer à la matière des conflits de lois que des développements relativement restreints.

On pourrait chercher à justifier cette carence doctrinale en faisant remarquer que l'intérêt du problème est minime puisqu'il existe peu de décisions de jurisprudence. Ce serait faire fausse route, car le nombre relativement peu élevé des arrêts relatifs à la question s'explique uniquement par le fait que la jurisprudence a su dans les espèces qui lui étaient soumises donner des solutions suffisamment nettes pour décourager les contestations éventuelles.

Cependant une semblable désaffection de la doctrine pourrait à la rigueur se concevoir si les conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales étaient dépourvus de toute originalité et s'il suffisait pour les résoudre de transposer à la matière les principes généraux de la science des conflits sans leur faire subir d'adaptation préalable.

Or, il n'en est rien. Les conflits de lois auxquels donne naissance l'activité des sociétés commerciales présentent au contraire un particularisme très prononcé qui a sa source dans la complexité de la notion de société qui est aux confins du droit des contrats, du droit des personnes et du droit des biens. Pour cette raison la matière des sociétés est une de celles où le heurt entre le territorialisme et le personnalisme se manifeste avec le plus de violence et où il est en conséquence extrêmement difficile d'ériger à la hauteur d'un dogme intangible l'une ou l'autre de ces deux conceptions extrémistes.

Il est donc nécessaire d'analyser le concept de société en fonction des problèmes de conflits de lois, puis de rechercher à la lumière des conclusions que cette analyse aura permis de dégager la conception dogmatique qui devra servir de guide dans la recherche de la solution des problèmes de compétence législative.

Section I

ANALYSE DU CONCEPT DE SOCIÉTÉ

3. — Le particularisme des conflits de lois que fait naître l'activité des sociétés commerciales sur le plan international a sa source dans la complexité de la notion de société.

En effet l'analyse du concept de société révèle l'existence d'une dualité d'éléments : le contrat et la personne morale. Or, suivant que l'on envisage la société sous l'angle contractuel ou sous l'angle institutionnel, on est conduit à donner aux problèmes de compétence législative des solutions fort différentes, qu'il s'agisse de la détermination, de la permanence ou du domaine de la loi applicable.

L'adoption de la *conception contractuelle* conduit à intégrer le droit international des sociétés dans celui des contrats et à admettre dans une large mesure l'autonomie, la liberté admises en matière contractuelle.

L'adoption de la *conception institutionnelle* conduit au contraire du fait que la société est un sujet de droit à susciter des analogies entre personnes morales et personnes physiques, et à leur conférer notamment un statut personnel d'application extraterritoriale.

C'est le heurt de ces deux éléments dont il faut s'efforcer de concilier l'existence au sein du concept de société qui est la source de toutes les difficultés, difficultés qui sont considérables pour une double raison.

a) La conciliation du contrat et de la personnalité morale serait relativement aisée, s'il était possible de la réaliser par l'adoption d'une solution intermédiaire qui soit à mi-chemin entre les principes de conflits consacrés dans l'un et l'autre domaine. Malheureusement l'opposition entre eux porte souvent la marque d'une irréductibilité trop prononcée pour qu'il soit possible de réduire cette antinomie en se ralliant à une conception éclectique. La société est en effet autre chose que la somme de ses deux éléments. Du fait de sa complexité, elle nécessite des solutions originales et ceci d'autant plus que le conflit entre le contrat et la personne morale est en quelque sorte arbitré par un facteur dont l'importance est primordiale : les intérêts des divers Etats en présence à raison du rôle du premier plan joué par les sociétés dans leur économie. Ce facteur nouveau tend le plus souvent à introduire l'idée de territorialité à un degré inconnu du droit des contrats comme de celui des personnes. Il se concilie au contraire avec la territorialité admise dans le droit des biens, territorialité qui apparaît dans la mesure où la société

présente des analogies avec le fonds de commerce. Mais on rencontre alors l'opposition de la personnalité morale qui tend à faire adopter une solution personnaliste.

b) La seconde difficulté réside dans le fait qu'il est souvent difficile de découvrir des solutions ayant une valeur suffisamment générale pour pouvoir s'appliquer à toutes les formes de sociétés. L'importance respective du contrat et de la personnalité morale est très différente selon que l'on envisage les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Dans les premières, le contrat demeure l'élément prédominant alors que dans les secondes il est à peu près complètement absorbé par la personne morale. Dans ces conditions il est permis de se demander s'il ne sera pas nécessaire d'aboutir à une dualité de solutions, d'autant plus que le facteur déterminant constitué par l'intérêt de l'Etat ne se manifeste pas avec la même intensité quelle que soit la forme de la société envisagée. L'Etat peut en effet sans grand dommage pour lui se désintéresser des sociétés de personnes à raison de leur envergure nécessairement restreinte. Il ne saurait au contraire détourner les yeux des sociétés de capitaux dont l'influence est prépondérante sur son économie. Il faudra donc rechercher s'il est possible en Droit International privé comme en droit interne d'aboutir à une conception unitaire de la société ou si au contraire l'expression de société ne fait que recouvrir sous une terminologie unique des groupements qui posent des problèmes fort différents en matière de conflits de lois.

C'est en tenant compte de ces difficultés multiples qu'il faut s'attacher à rechercher l'importance respective du contrat et de la personnalité morale et à dégager l'influence qu'est susceptible d'exercer sur la solution des conflits de lois la dualité d'éléments que révèlera cette analyse.

A. — *Les principes de solution de conflits de lois résultant du caractère contractuel de la société*

4. — On ne saurait nier que toute société a sa source dans un accord volontaire des associés et qu'en conséquence elle a à sa base un contrat. Cette considération doit normalement conduire sur le plan international, à appliquer aux sociétés les règles de conflits de lois admises en matière contractuelle.

En ce qui concerne la détermination de la loi de la société, la considération exclusive du caractère contractuel de cette dernière conduirait à reconnaître aux contractants une grande liberté dans le choix de la loi applicable et à consacrer la compétence de la loi d'autonomie. En l'absence de choix exprès des parties, la loi

compétente à titre supplétif serait soit la loi du lieu de constitution de la société (loi du lieu de formation du contrat), soit la loi du siège social ou du centre d'exploitation (loi du lieu d'exécution du contrat). Cette loi supplétive verrait sa compétence fondée soit sur le fait qu'elle a été choisie tacitement par les parties, soit comme l'admettent plus volontiers les auteurs récents sur le fait qu'elle représente la localisation rationnelle du contrat et s'impose impérativement à défaut de convention contraire. Si tous les associés ont la même nationalité, l'application des règles de conflits admises en matière contractuelle par certaines jurisprudences étrangères pourrait également conduire à se prononcer en faveur de la compétence supplétive de la loi nationale commune.

En ce qui concerne le domaine de la loi de la société, l'application des solutions admises en matière de contrats nous amènerait à conférer à la loi de la société une unité certaine dans l'espace comme dans le temps. En effet les auteurs et la jurisprudence, soucieux d'éviter les conséquences néfastes auxquelles conduisait le « dépeçage » du contrat se sont efforcés de donner à la loi du contrat le domaine d'application le plus vaste possible.

En effet, si l'on excepte la capacité des contractants qui est soumise à la loi nationale parce que l'on considère en France qu'elle relève de l'état et de la capacité des personnes, et les règles de forme et de preuve qui sont gouvernées par la règle « Locus regit actum », toutes les conditions du contrat sont soumises à la loi d'autonomie. C'est donc cette dernière qui régirait l'ensemble des règles de constitution de la société.

De même on reconnaît généralement que c'est la loi du contrat qui régit la nullité, comme les conditions de validité de ce dernier, y compris la prescription de l'action en nullité. Ce serait donc en fonction de la loi d'autonomie que la nullité de la société devrait s'apprécier (1). Quant aux actions de la société contre les associés en paiement du montant de leur titre non versé lors de la souscription, elles pourraient s'analyser en actions en exécution soumises en tant que telles à loi du contrat, c'est-à-dire en l'occurence à la loi de la société. Quant à la résiliation du contrat, elle constitue bien une convention spéciale soumise à une loi propre mais jusqu'à preuve du contraire cette loi est présumée être celle du contrat résilié ou résolu. En conséquence la dissolution de la société serait elle aussi soumise à la loi d'autonomie (2).

4. — (1) Reprenant ce principe le Tribunal correctionnel de Nancy a décidé dans son jugement du 21 janvier 1924 que la prescription de l'action en nullité d'une société devait être soumise à la loi compétente pour régir les conditions de validité du contrat de société (Clunet 1924 p. 1020).

4. — (2) Cass. Civ. 1 juillet (S. 1939.1.217 note Niboyet).

Ces différents exemples révèlent que l'adaptation sur le plan théorique des règles de conflits admises en matière contractuelle au contrat de société est parfaitement possible et qu'elle semble répondre assez bien à certains des intérêts de la société puisqu'elle conduit à doter cette dernière d'une loi unique ayant un domaine d'application considérable.

La transposition aux sociétés de l'ensemble des principes généraux de solution de conflits de lois admis en matière de contrats semble donc relativement simple et aisée.

5. — Mais le caractère contractuel de la société demeure-t-il suffisamment prononcé pour qu'une telle transposition soit justifiée ?

Il est certain que le contrat ne disparaît jamais complètement du moins en droit français (1).

Mais il est susceptible, suivant la forme de la société envisagée de prendre une importance plus ou moins grande et de présenter des caractère différents. Son particularisme de plus en plus prononcé, à mesure que l'on passe des sociétés de personnes aux sociétés de capitaux interdit une transposition pure et simple de l'ensemble des règles de conflits admises en matière contractuelle et commande une adaptation préalable. Cette adaptation est nécessaire alors même que l'on se place uniquement sur le terrain contractuel en faisant totalement abstraction de l'élément personne morale. Sa nécessité est dûe non seulement au particularisme du contrat de société, mais aussi au défaut de généralité des règles de conflits en matières de contrats. En effet sous le concept unique de contrat, on recouvre un certain nombre d'opérations ayant des traits communs, mais possédant aussi des différences profondes. Dans ces conditions il est naturel qu'à côté de règles de conflits ayant une valeur générale il en existe d'autres dont la portée est limitée à telle ou telle catégorie de contrats et dont l'application concurrente conduit nécessairement à consacrer des solutions parfois contradictoires. Dans la mesure où à raison de son caractère complexe, le contrat de société emprunte à plusieurs de ces contrats certains des traits de leur physionomie, les difficultés naissent, car chacun de ces caractères engendre sur le terrain des conflits de lois des principes de solution qui sont parfois inconciliables entre eux.

Il ne saurait être question ici de discuter de l'opportunité d'appliquer aux sociétés la loi d'autonomie. Ce problème sera étudié

5. — (1) Il n'en est pas de même dans les pays où l'Etat intervient directement dans la création de la société. Dans ce cas il n'y a même plus l'apparence d'un contrat. En France au contraire, bien que le dirigisme se concrétise par l'exigence de plus en plus généralisée d'une autorisation, les fondateurs conservent encore une certaine liberté.

ultérieurement. Mais il convient de montrer par un exemple comment à raison du caractère complexe de la société, l'application des règles contractuelles peut parfois donner lieu à des difficultés.

Tout d'abord le contrat de société est un contrat d'union d'intérêts.

Or, dans les contrats d'union d'intérêts, la jurisprudence tenant compte du caractère prédominant du lieu d'exécution tend à admettre la compétence de la loi d'exécution en l'absence de choix exprimé par les parties. C'est cette position qui a été adoptée pour le mandat (2).

D'autre part le contrat de société est un contrat prolongeant ses effets dans le temps.

Ce caractère rejoint celui de contrat de communauté d'intérêts pour tendre à conférer la primauté à la loi du lieu d'exécution. C'est notamment la solution adoptée en matière de louage de services la jurisprudence considérant que les relations entre employeurs et employés doivent être régies par la loi du lieu d'exécution, qui revêt une importance primordiale à raison du caractère de contrat à exécution successive du louage de services (3).

Cette solution s'oppose à celle découlant du fait que, tout au moins dans les sociétés de capitaux, le contrat de société est un contrat d'adhésion.

En effet dans les contrats d'adhésion, la jurisprudence admet que la loi du contrat doit dans le silence des parties être « celle de la partie qui a conçu le contrat c'est-à-dire la loi du domicile de l'offrant parce que l'opération est nécessairement localisée, de par sa conception même dans le système juridique en vigueur à ce domicile » (4). La compétence de la loi du domicile de l'offrant se justifie donc par le caractère envahissant de la pollicitation.

Si l'on applique ce principe à la société, on aboutit à la compétence supplétive de la loi du siège social ou du pays d'émission des titres qui peut ne pas coïncider avec celle du lieu d'exécution du contrat de société dont la compétence découle du caractère de contrat d'union d'intérêts et de contrat à exécution successive de la société.

5. — (2) V. en ce sens Cass. Req. 5 juillet 1827 (D.P. 1827.1.295. S. 1828. 1.105); Req. 9 juin 1880 (S. 1881.1.449); Civ. 12 mai 1930 (S. 1931.1.129); Gaz. Pal. 1930.2.108; Clunet 1931 p. 165; Civ. 9 mars 1937 (D.H. 1937, p. 253. S. 1937. 1.289). M. Batiffol (Les conflits de lois en matière de contrats n° 375, p. 292) est partisan d'étendre cette solution aux contrats de société créant des groupements sans personnalité morale.

5. — (3) La primauté de la loi du lieu d'exécution tient également au caractère territorial des dispositions relatives au droit du travail, caractère qui se rencontre en matière de sociétés dans les conflits de lois relatifs aux comités d'entreprise.

5. — (4) BATIFFOL, *op. cit.* n° 115, p. 102.

On voit donc que, même si l'on pose comme principe que la société est un contrat et si l'on cherche à résoudre les conflits de lois relatifs aux sociétés en tenant compte de leur seul caractère contractuel, on se heurte à des difficultés certaines à raison du particularisme du contrat de société qui est à la fois un contrat de société, un contrat d'adhésion, qui produit des effets à l'égard des tiers. A supposer donc que l'on puisse faire abstraction du caractère institutionnel de la société, il faudrait pour résoudre le problème de conflits de lois déterminer quel est parmi ces différents caractères du contrat de société celui qui est déterminant, recherche des plus délicates qui conduirait nécessairement à l'adoption d'une méthode analytique, car il serait impossible de découvrir un caractère dominant qui s'applique à toutes les hypothèses.

D'ailleurs un tel raisonnement serait erroné, car le contrat de société est moins important en lui-même que par les conséquences qu'il engendre. Il crée une institution, une personne morale et les principes de solution de conflits de lois découlant du caractère institutionnel de la société viennent s'opposer à ceux résultant de son caractère contractuel et ajoutent encore à la complexité du problème (5).

B. — *Les principes de solution de conflits de lois résultant du caractère institutionnel de la société*

6. — Les sociétés de personnes comme les sociétés de capitaux étant dotées de la personnalité, il semble que les principes de solution de conflits de lois doivent en ce domaine être les mêmes pour toutes les sociétés. Cette affirmation n'est vraie que dans une certaine mesure. En effet les principes de solution de conflits de lois découlant du caractère institutionnel de la société dépendent non seulement de la position adoptée relativement à la nature de la personnalité morale, mais aussi des conséquences de l'existence de cette personne morale sur le terrain pratique, et notamment de l'intérêt que lui portent les tiers contractants et l'Etat. Or cet intérêt sera nécessairement proportionnel à l'importance des intérêts économiques du pays, par conséquent à l'envergure de la société.

5. — (5) BATIFFOL, *op. cit.* n° 332, p. 290 : « Des problèmes comme la modification des statuts dans les sociétés de capitaux ont amené à considérer que l'accord contractuel des associés a créé autre chose que des droits de créance réciproques ; cette « autre chose », qu'on l'appelle « organisme » ou « personne morale » suivant que l'on préfère l'image économique ou l'image juridique constitue, au moins en germe, une puissance économique dont le développement et l'évolution échappent pratiquement en grande partie à la volonté des associés originaires et dont les manifestations multiples et la durée sont à la fois trop précieuses et trop dangereuses pour que l'Etat s'en désintéresse ».

Les principes de solution de conflits de lois découlant du caractère institutionnel de la société sont susceptibles de varier selon la conception que l'on a de la personnalité morale.

Sans passer en revue les nombreuses théories qui ont été soutenues relativement à la personnalité morale (1), il suffit de rappeler les deux grands systèmes qui s'opposent en droit français le système de la fiction et celui de la réalité des personnes morales.

Dans le système de la fiction les personnes physiques sont les seules personnes juridiques par nature. Les personnes morales au contraire ne sont qu'une création de la loi, car elles ne reposent sur aucun support matériel qui fonde leur réalité. Leur existence s'explique uniquement par des raisons de commodité : le législateur a trouvé pratique de doter certains groupements de la personnalité morale. Les partisans de cette théorie considèrent que les personnes morales qui ne sont que des collectivités purement abstraites doivent revêtir un caractère exceptionnel.

A ce premier système s'oppose celui de la réalité des personnes morales qui donne à la personnalité morale un fondement tout différent. Pour les tenants de cette théorie qui fut soutenue pour la première fois par l'Allemand Gierke, les personnes morales ne sont point des fictions, mais des personnes juridiques ordinaires. Leur existence est un fait que l'on peut constater au même titre que celle des personnes physiques et se justifie pour la plupart des partisans de ce système par l'idée d'une volonté collective. Les personnes morales sont exactement le pendant des personnes physiques. L'adoption de cette théorie conduit donc à leur assimilation presque totale aux individus.

En conséquence sur le terrain des conflits de lois l'adoption de la théorie de la réalité de la personnalité morale conduit à étendre aux sociétés les principes de solution de conflits de lois admis pour les individus.

On doit donc décider si l'on se rallie à cette conception que la loi de la société se détermine d'après le même critère que celle qui

6. — (1) Des théories très diverses ont été émises relativement à la personnalité morale : Théorie du patrimoine d'affectation (Zweckvermögen) cf. Bekker. Zur Lehre von Rechtssubject (Jahrbücher för die Dogmatic 1873, t. 12 p. 1 et s.). Théorie de Duguit cf. les ouvrages suivants : « L'Etat, le droit objectif et la Loi positive », « L'Etat le Gouvernement et les agents ». Théorie de Van Denheuvel : « De la situation légale des associtions sans but lucratif », p. 35, reprise et développée par de Vareilles-Sommières : « Les personnes morales ». Théorie de Ihering : « Esprit du Droit Romain », traduction Meulenaere, t. 4, p. 430. Toutes ces théories sont généralement intermédiaires entre le système de la fiction et celui de la réalité des personnes morales. Une dernière conception possible consisterait à nier la personnalité morale et par là même à ne lui faire produire aucune conséquence, ni en droit international, ni en droit interne.

régit l'état et la capacité des personnes physiques, c'est-à-dire, selon les pays, en fonction de la nationalité ou du domicile. En France où le statut personnel des individus est traditionnellement soumis depuis le Code Civil à la loi nationale, la théorie de la réalité des personnes morales a conduit à dégager le concept de la nationalité des sociétés et à rechercher un critère de compétence législative qui soit totalement indépendant de la personnalité des associés et des dirigeants sociaux.

En ce qui concerne le domaine dans le temps et dans l'espace de la loi de la société, la conception de la réalité des personnes morales conduit également à étendre aux sociétés les solutions données pour les individus. C'est ainsi que la personne morale ayant une vie analogue à celle d'une personne physique, les sociétés ont comme elles un véritable statut personnel qui doit les suivre pendant toute leur existence. Pour assurer la continuité et l'unité du statut juridique de la société, il suffit de lui appliquer le principe de l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité en honneur pour les personnes physiques. On aboutit donc à un rejet du territorialisme.

La théorie de la fiction conduit à des conséquences sensiblement analogues, car elle repose elle aussi sur le principe d'analogie des personnes morales aux personnes physiques. Cependant, la théorie de la fiction constitue, par rapport à celle de la réalité, une atténuation de la personnalité morale. Si l'on fait un pas de plus dans cette voie, on est tenté de ne voir dans la société qu'une façade derrière laquelle s'abritent des personnes physiques : les associés et les dirigeants sociaux. En conséquence, on ne peut parler de nationalité de la société. Sur le terrain de la jouissance des droits, il est nécessaire que le lien d'allégeance entre la société et l'Etat soit déterminé en tenant compte de la personnalité des associés et des dirigeants sociaux. Le problème se pose dès lors de savoir si l'on doit aller plus loin et si l'on peut, sur le terrain des conflits de lois, admettre les conséquences extrêmes de la fiction et déterminer la compétence législative en fonction de la personnalité des associés et des dirigeants sociaux.

Lorsqu'il s'agit non plus de déterminer la loi applicable, mais d'en préciser le domaine, on arrive à des conclusions sensiblement identiques quel que soit le système adopté. En effet, même si l'on voit dans la personne morale une simple fiction, on ne peut nier qu'elle constitue un sujet de droit qui produit des effets juridiques pendant une durée plus ou moins longue, et qu'il faut en conséquence placer sous l'empire d'une loi unique. Mais le fondement de cette solution ne sera plus l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité, puisque le concept de statut personnel doit être réservé

aux seules personnes physiques. On pourra dès lors chercher à justifier la permanence de la loi de la société en faisant appel au respect international des droits acquis ou en se fondant sur les nécessités pratiques du commerce international.

7. — On voit donc que la prise en considération du caractère institutionnel de la société conduit à adopter un critère de compétence législative ayant un caractère impératif, et à conférer à la loi de la société ainsi déterminée le domaine le plus vaste possible dans le temps comme dans l'espace afin d'assurer la continuité et l'unité du statut juridique de l'être moral. Les principes de solution de conflits de lois découlant de la nature de la personne morale se rapprochent de la personnalité en droit.

Or, l'existence d'une personne morale par les intérêts qu'elle met en jeu : intérêts des tiers et intérêts des Etats, nécessite dans une certaine mesure un retour au territorialisme.

C'est parce que la société est une personne morale que les tiers sont intéressés au premier chef par les problèmes de compétence législative qui la concerne. C'est en effet la personnalité morale qui donne à l'entreprise une envergure suffisante pour lui permettre d'étendre son activité en dehors des frontières d'un Etat. La prise en considération de l'intérêt des tiers contractant avec la société ne commandera pas toujours nécessairement un retour au territorialisme. Tout dépendra des dispositions de fond de la loi de la société et de la loi locale. Dans tous les cas, le tiers cherchera à invoquer la compétence de la loi qui est la plus protectrice de ses intérêts. Lorsque c'est la loi de la société, il n'y a pas de difficulté. L'intérêt des tiers est un argument de plus en faveur de son extraterritorialité. Lorsque c'est au contraire la loi étrangère du pays sur le territoire duquel l'opération a été conclue, l'intérêt des tiers contractants commande de limiter le domaine de la loi de la société et de revenir à un certain territorialisme. Le problème est alors beaucoup plus délicat à raison de l'opposition d'intérêts existant entre la société et le tiers contractant. Or, c'est presque toujours cette opposition d'intérêts qui se manifeste lors de l'activité des sociétés de commerce en France, parce que la loi française protège en général les intérêts des tiers contractant avec la société d'une façon plus efficace que la loi étrangère (1). L'intérêt des tiers commandera donc le plus souvent le retour au territorialisme.

7. — (1) Il faut d'ailleurs remarquer que, même lors de l'activité d'une société étrangère en France l'intérêt des contractants français peut parfois coïncider avec celui de la société étrangère, car la loi de la société est parfois plus protectrice de l'intérêt des tiers que la loi française. C'est ainsi que la loi allemande qui admet que les gérants et administrateurs de la société

L'incidence exercée sur la solution des conflits de lois par l'intérêt de l'Etat est plus nuancée parce que l'intérêt de l'Etat est susceptible de varier selon l'importance de l'entreprise envisagée et selon la situation économique de l'Etat et les principes qui dictent sa politique en ce domaine.

Tout d'abord, le contrôle exercé par l'Etat sur les sociétés ne revêt pas dans toutes les hypothèses le même caractère de nécessité. Tout dépend de l'envergure de la société, de la puissance économique qu'elle représente, en un mot de l'importance de son rôle dans l'économie du pays. L'Etat pourra sans danger se désintéresser des petites entreprises. Il ne saurait par contre adopter la même attitude à l'égard des grandes sociétés. Le problème se pose donc sous un jour différent selon que l'on envisage les sociétés de personnes ou les sociétés de capitaux.

Dans la mesure où l'Etat juge qu'un contrôle est nécessaire, il tendra, pour en assurer l'efficacité, à soumettre à sa propre loi les sociétés étrangères faisant des opérations sur son territoire. Sur le terrain des conflits de lois, l'intervention de l'Etat se manifestera donc le plus souvent par une immixtion de la loi locale dans le régime de la société. Elle impliquera donc un retour au territorialisme. La manifestation la plus radicale de cette tendance est la promulgation de lois de police et de sûreté qui supprime en fait le conflit de lois de façon brutale par l'intervention automatique et inéluctable de la *lex fori*.

Cependant, dire que l'intérêt de l'Etat commande toujours le retour au territorialisme serait émettre une affirmation trop systématique pour être absolument exacte. Tout dépend de la situation de l'Etat au point de vue commercial et industriel, de sa politique économique.

Si l'Etat a besoin des sociétés étrangères parce que son industrie ou son commerce manque d'agents de production, il fera preuve d'un assez grand libéralisme et sera tenté, pour attirer les sociétés étrangères sur son territoire, non seulement de leur conférer un traitement favorable sur le terrain de la jouissance des droits, mais encore de ne pas entraver leur activité et leur fonctionnement par les exigences d'un territorialisme trop strict. Si, par contre, il craint pour les sociétés nationales la concurrence étrangère, il adoptera une solution inverse pour décourager les sociétés étrangères.

De même, les principes qui dictent sa politique économique exerceront une incidence sur la solution des conflits de lois relatifs aux

engagent toujours cette dernière est plus avantageuse pour les tiers Français que la loi française qui, en dehors des sociétés à responsabilité limitée, décide que la société n'est engagée que dans la mesure où son représentant a agi dans les limites de ses pouvoirs.

sociétés. En effet, une politique de dirigisme à l'égard des sociétés nationales entraîne par voie de conséquence un contrôle étroit des entreprises étrangères, contrôle qui se manifeste sur le terrain des conflits de lois par un retour au territorialisme.

On voit donc que les principes de solution découlant du caractère institutionnel de la société posent dans leur application un problème délicat résultant de l'opposition du personnalisme que commande la nature de la personnalité morale et du territorialisme résultant le plus souvent des conséquences qu'elle engendre.

Si on les confronte avec les principes de solution de conflit de lois résultant du caractère contractuel de la société, on assiste également à une opposition très nette entre l'autonomie que commandent de laisser aux fondateurs les règles du droit des contrats et la fixation impérative de la loi de la société qui découle de l'existence de la personnalité morale.

Il faut dès lors rechercher un principe de solution de conflits de lois qui permette de réduire cette antinomie et d'aboutir à des solutions rationnelles conciliant les divers intérêts en présence.

Section II

LE PRINCIPE DE SOLUTION DE CONFLITS DE LOIS PROPOSÉ : NÉCESSITÉ D'UN TERRITORIALISME MODÉRÉ

8. — En présence de l'opposition qui semble irréductible entre les principes de solution de conflits de lois résultant du caractère contractuel de la société et ceux résultant de son caractère institutionnel, ainsi que de la difficulté qu'il y a à dégager une solution valable pour toutes les sociétés à raison des différences profondes existant entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, on pourrait être tenté de rechercher la solution des conflits de lois relatifs aux sociétés selon une méthode analytique. Sans poser de principes de base, on rechercherait dans chaque hypothèse, sans aucune idée préconçue, la solution qui s'adapte le mieux aux circonstances de la cause.

Une telle conception serait la négation de tout essai de systématisation. Elle serait aussi l'aveu qu'il n'existe entre les différents conflits de lois relatifs aux sociétés aucune unité et qu'il est arbitraire de chercher à les réunir dans le cadre d'une même étude.

Or, cette affirmation est inexacte. On peut, en droit international comme en droit interne, dégager une conception unitaire de la société, parce que si les deux éléments qui la composent : contrat

et personnalité morale, ont une importance variable suivant la forme de société envisagée, leur dualité se manifeste toujours. Dans ces conditions, il faut adopter une méthode dogmatique et poser un principe de base qui servira de guide dans la recherche de la solution des conflits de lois.

Ce principe ne peut à notre avis résider que dans le territorialisme, et c'est le principe de territorialité qu'il faut tout d'abord poser et dont il est nécessaire de justifier l'opportunité. Mais il faut éviter les inconvénients que pourrait engendrer un territorialisme trop strict. Aussi faudra-t-il s'attacher ensuite à limiter ce que ses effets pourraient avoir de choquant, cette limitation nous permettant d'aboutir à un territorialisme modéré.

A. — *Le principe de territorialité*

9. — L'adoption du principe de territorialité peut seule, à notre sens, permettre de résoudre de façon rationnelle les conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales. Le territorialisme est en effet conforme à l'évolution contemporaine du droit international privé, du droit des sociétés et de la politique économique.

1°) Le territorialisme est conforme a l'évolution moderne du Droit International Privé

Après la guerre de 1914-1918, on avait pu nourrir de grandes espérances et penser qu'il serait possible d'arriver à des solutions universalistes permettant d'unifier le droit international privé des différents Etats. De nombreux efforts ont été tentés en ce sens, efforts qui se sont concrétisés dans les conférences de La Haye et, pour le Nouveau-Monde, dans les conférences panaméricaines.

Malheureusement, il est apparu très vite que les ambitions nourries par les internationalistes étaient démesurées et leurs espoirs ont été déçus. Les conférences de La Haye ont abouti à un échec à peu près total et les conférences panaméricaines, en dépit de l'accord réalité sur le code Bustamante, n'ont guère connu un meilleur sort.

Dans ces conditions, leurs aspirations universalistes n'ayant pu se réaliser, les internationalistes ont été amenés par la force des choses à modérer leurs ambitions et à rechercher des solutions qui soient avant tout conformes aux intérêts nationaux. Cette réaction en faveur du nationalisme est particulièrement symptômatique en France où elle s'est manifestée par la création du Comité Français de Droit International Privé, qui, sous l'impulsion de M. Niboyet, se fait le défenseur d'un strict nationalisme sans chercher à s'entêter dans la vaine poursuite d'un universalisme trop souvent inaccessible.

C'est par suite de son désir de tenir compte des intérêts nationaux que le Comité Français de Droit International Privé a été conduit à consacrer des solutions territorialistes. En effet, pour des raisons démographiques, économiques et politiques, le territorialisme est, d'une façon générale, conforme aux intérêts français.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de s'étonner que le territorialisme gagne sans cesse du terrain comme principe général de solution de conflits de lois.

En présence de cette tendance manifeste, il serait vain de chercher ailleurs un principe de solution de conflits de lois. Toute tentative en ce sens porterait la marque d'un anachronisme flagrant ; cependant, le seul fait que le territorialisme soit à la mode ne saurait nous conduire à l'adopter, si la faveur dont il jouit procédait d'un engouement irraisonné.

Mais il n'en est rien : non seulement l'échec des tentatives universalistes commande sur le plan général l'adoption du nationalisme et, par voie de conséquence, du territorialisme, mais encore l'application à notre matière de la territorialité cadre avec l'évolution moderne du droit des sociétés.

2°) Le territorialisme est conforme a l'évolution moderne du droit des sociétés et de la politique économique

Les différentes législations des sociétés évoluent sans cesse dans le sens d'une individualisation de plus en plus marquée. On est bien loin de noter en ce domaine la tendance historique vers une communauté de droit que préconisait Savigny. Dans ces conditions, le territorialisme s'impose, car il est par excellence l'instrument de défense du particularisme juridique de chaque législation.

D'autre part, comme nous l'avons déjà noté, l'Etat s'intéresse de plus en plus aux sociétés et l'on assiste à son intervention sans cesse accrue dans le droit des sociétés, intervention qui se manifeste, selon les pays, soit par le dirigisme et le contrôle, soit sous la forme absolue de la nationalisation. Cet intérêt que l'Etat porte aux sociétés ne peut être limité aux entreprises françaises, mais doit nécessairement s'étendre aux sociétés étrangères opérant sur son territoire. Or, un des meilleurs moyens pour l'Etat de contrôler efficacement l'activité des sociétés étrangères est de les soumettre le plus souvent possible à la loi locale. Le territorialisme est donc, là encore, conforme au nouvel aspect de la politique économique française.

Enfin, nous avons déjà noté que, d'une façon générale, le territorialisme était conforme aux intérêts des tiers français qui contractent avec la société étrangère et de l'épargne, parce que la loi fran-

çaise dans la grande majorité des cas leur assure une protection plus efficace que les législations étrangères. Or, cet intérêt de l'épargne et des tiers nationaux est singulièrement puissant si l'on se rallie, comme nous le faisons, à la conception nationaliste. Aussi dans les conflits opposant les tiers et les souscripteurs à la société, nous chercherons le plus souvent à satisfaire d'abord les intérêts des tiers et des souscripteurs ; cette primauté justifiera encore l'adoption du territorialisme.

Ces différents arguments nous semblent suffisants pour nous permettre d'affirmer le bien-fondé du territorialisme comme principe de solution des conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales. Mais ce territorialisme doit pouvoir se concilier avec les principes de solution de conflits de lois que nous a permis de dégager l'analyse du concept de société et avec les besoins du commerce international.

Or, il est certain qu'un territorialisme trop intransigeant ne saurait satisafire à cette double exigence. Aussi faut-il s'inspirer d'un territorialisme suffisamment souple et modéré ; c'est ce caractère qu'il faudra souligner dans la définition du territorialisme proposé.

B. — *Définition du territorialisme proposé*

10. — La conception territorialiste proposée doit pouvoir s'adapter aux principes de solution de conflits de lois résultant de l'analyse du concept de société et aux besoins du commerce international. En effet, le territorialisme rencontre dans cette nécessité un double obstacle qui, de prime abord, semble irréductible, mais que l'on peut cependant franchir.

Tout d'abord, l'analyse du concept de société nous a révélé que son caractère contractuel tendait à rejeter la compétence de toute loi impérative et que son caractère institutionnel militait en faveur du personnalisme. Dans cette double conclusion, on rencontre évidemment des principes qui sont à l'opposé du territorialisme.

D'autre part, les besoins du commerce international semblent difficilement compatibles avec un territorialisme trop strict. Les nécessités du commerce international s'accordent mal en effet avec des solutions intransigeantes, car le commerce exige des concessions de la part de chaque Etat. Or, sur le terrain des conflits des lois, les concessions se manifestent par la reconnaissance par l'Etat de la compétence d'une loi étrangère sur son territoire et par conséquent par un abandon au moins partiel du territorialisme.

Cette exigence du commerce international est particulièrement nette en matière de sociétés, car elle s'accorde avec la nécessité

d'assurer le bon fonctionnement de la société en conférant à son statut juridique le maximum d'unité dans le temps et dans l'espace, ce qui suppose évidemment que la loi de la société possèdera un domaine d'application extraterritorial.

Dans ces conditions, la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de la société devant nous conduire à rechercher une loi susceptible de posséder un domaine d'application extraterritorial et à lui conférer le domaine le plus étendu dans le temps et dans l'espace, il peut sembler paradoxal de chercher à concilier cette exigence avec le principe de territorialité, et l'on peut croire qu'une telle tentative est nécessairement vouée à l'échec.

A notre avis, cette conciliation est cependant possible à une double condition : s'inspirer d'un territorialisme suffisamment souple pour s'adapter au particularisme de la situation envisagée. Ne pas faire de ce territorialisme une application aveugle et systématique, mais savoir y renoncer lorsque des conditions péremptoires dictent une telle renonciation.

1°) Le territorialisme proposé doit être suffisamment souple pour pouvoir s'adapter au particularisme de la situation envisagée

La nécessité d'un territorialisme souple nous amène à préciser notre conception du territorialisme. La loi territoriale peut en effet être compétente à un double titre : soit comme *lex fori,* soit comme *lex loci.*

Il faut à notre sens rejeter sans hésitation la conception du territorialisme qui consiste à admettre la compétence générale et normale de la *lex fori.*

En effet, non seulement cette conception intransigeante et rigide est incompatible avec la souplesse qu'exige le commerce international, mais encore elle est mauvaise en soi.

Ce système aboutit pratiquement à supprimer les problèmes de conflits de lois, puisque le problème de compétence législative est résolu uniquement en fonction de la compétence juridictionnelle. D'autre part, il s'appuie sur un argument purement empirique, à savoir que le juge connaissant surtout les dispositions de son propre droit interne, il aura beaucoup moins de chances de se tromper en appliquant sa propre loi qu'une loi étrangère.

Cet argument renferme une part de vérité, et il est certain que toutes les fois qu'une loi possédant par ailleurs une aptitude théorique à régir un rapport de droit présentera en outre l'avantage de coïncider avec la loi du juge saisi, ce sera une raison supplémentaire

de l'adopter. Mais cette raison ne saurait à elle seule, et en dehors de tout argument, justifier la compétence générale de la *lex fori*.

C'est pourquoi nous n'admettrons la compétence normale de la *lex fori* que dans les matières où elle découle des principes généraux de conflits de lois : qualification, renvoi et institutions présentant un caractère judiciaire telles que la faillite et la liquidation non amiable, ou encore dans les matières régies par des lois de police et de sûreté, car dans ce cas la compétence de la *lex fori* a une base certaine dans la volonté du législateur.

A côté de cette compétence normale, la *lex fori* pourra avoir une compétence exceptionnelle sur le fondement de l'ordre public.

L'application de l'ordre public permettra d'aboutir à une solution plus souple, non pas à raison de la nature de la *lex fori*, mais à raison du caractère fluide de l'ordre public qui s'applique en fonction des circonstances de la cause. Pour cette raison, l'exception d'ordre public est très séduisante. Nous serons cependant toujours guidés par le souci de ne pas l'admettre de façon trop générale, car il ne faut pas oublier que l'ordre public est un remède exceptionnel dont l'application ne se justifie qu'en présence d'un défaut flagrant de communauté juridique entre la loi normale compétente et la *lex fori*.

Dans ces conditions, la *lex fori* devant être écartée en tant que principe général de solution de conflit de lois, il faut se tourner vers la *lex loci* qui présente l'avantage de constituer un principe de compétence législative fondé non sur la situation du juge saisi, mais sur celle du rapport de droit ou de l'institution considérés, en l'occurence de la société. Dès lors, entre les différentes lois territoriales (*lex rei sitæ*, loi du domicile) il faudra choisir celle qui permet de donner les solutions les moins rigides, s'adaptant le mieux aux nécessités du commerce international.

Cependant, même doté de toute la souplesse désirable, le territorialisme ne sera pas apte à résoudre de façon satisfaisante tous les problèmes de conflits de lois. Il ne saurait être érigé à la hauteur d'un dogme intangible. C'est pourquoi son application ne devra pas être systématique.

2°) L'APPLICATION DU TERRITORIALISME NE DOIT PAS ÊTRE SYSTÉMATIQUE

Cette affirmation trouve sa justification dans le fait que le territorialisme n'a été admis comme principe de solution de conflits de lois que parce que, dans la majorité des cas, il donne satisfaction aux intérêts français.

En conséquence, son application n'est souhaitable que dans la mesure où cette concordance est effective, ce qui ne sera pas toujours le cas.

En effet, le territorialisme implique un repliement de l'État sur lui-même qui n'est pas toujours souhaitable et qui risque parfois d'être dangereux, surtout dans le domaine du commerce international. La stricte compartimentation qu'il entraîne en ce qui concerne le domaine respectif d'application des différentes lois dans l'espace peut parfois entraver le commerce international et nuire au bon fonctionnement de la société en fractionnant son statut juridique. Aussi dans tous les cas devra-t-il trouver une limitation dans la nécessisté d'assurer la permanence et l'unité du statut juridique de la société. Dans les hypothèses où il ne pourra se concilier avec elle, il devra être écarté.

C'est seulement en tenant compte de ces conisdérations que l'on peut espérer trouver dans le territorialisme un principe rationnel de solution des conflits de lois relatifs aux sociétés.

Aussi est-ce en fonction d'un territorialisme souple dont l'application sera raisonnée que nous chercherons à résoudre, selon un plan tripartite, les différents problèmes de compétence législative.

Il faudra s'attacher dans une première partie à déterminer la loi de la société. Cette loi étant ainsi dégagée, on pourra ensuite chercher à en préciser la permanence et le domaine ; ce sera l'objet de la seconde et de la troisième parties.

PREMIÈRE PARTIE

La détermination de la loi de la société

PREMIÈRE PARTIE

La détermination de la loi de la société

11. — Le Droit International Privé ayant pour but de rattacher des individus ou des institutions à un système juridique déterminé, le premier problème qui se pose, lorsque l'on étudie les conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales, concerne le rattachement de la société à un système juridique.

Chaque Etat possédant une législation particulière, le problème revient à rattacher la société à un Etat dont la loi lui sera applicable. C'est donc en fonction du lien d'allégeance unissant la société à un Etat que sera déterminée la compétence législative.

L'intérêt de la détermination de la loi de la société a sa source, comme celui de tous les problèmes de conflits de lois, dans la diversité existant entre les différentes législations, diversité qui est frappante dans le domaine des sociétés commerciales.

En effet, bien qu'il existe entre les différents Etats civilisés un fonds commun du droit des sociétés commerciales, il ne faut pas s'exagérer cette analogie. Sans doute, ce sont bien les mêmes problèmes qui, en cette matière, se sont posés aux différents législateurs, mais les divers Etats ne les ont pas toujours envisagés sous le même angle. Tel pays ayant absolument besoin de la constitution de nombreuses sociétés parce qu'elles sont un agent de production que son industrie ou son commerce réclamait, s'est efforcé d'adapter sa législation afin de ne pas rebuter les fondateurs éventuels et au contraire d'édifier un cadre juridique favorable à l'éclosion des sociétés. Tel autre Etat, au contraire, a considéré les fondateurs de sociétés avec une certaine méfiance et, rendu circonspect par la naissance de nombreux scandales, n'a pas voulu que le développement des sociétés puisse se faire au détriment de la petite épargne. Il s'ensuit des règles fort diverses qui nécessitent la localisation de la société au point de vue juridique à raison du particularisme de chaque droit des sociétés.

Ce particularisme des différentes législations nationales relatives aux sociétés commerciales apparaît nettement si l'on rapproche les principales dispositions de quelques-unes d'entre elles. Par exemple, alors que la loi française de 1867 exige que le capital social soit entièrement souscrit et que les actions soient libérées du quart au minimum, les lois anglaises contemporaines de 1862 et 1867 ne déterminaient pas la portion du capital social qu'il fallait souscrire, pas plus qu'elles ne fixaient une quotité d'actions devant faire l'objet d'une délibération immédiate. D'autres législations, tout en fixant une certaine quotité, se montraient également sur ce point moins strictes que le droit français. C'est ainsi que l'article 29 de la loi belge du 18 mai 1873, modifié par la loi du 22 mai 1886, se contentait d'exiger un versement immédiat d'1/10 du montant de l'action. Cette même quotité était exigée par la loi allemande. Le code de commerce italien, plus sévère sur ce point, voulait que les 3/10 du montant nominal de l'action fussent immédiatement libérés. Ce n'est pas seulement dans les formalités de constitution que des divergences se manifestent entre les différents droits ; les règles relatives au fonctionnement des sociétés ne sont pas, elles non plus, uniformes. En effet, alors que, d'après les lois française et belge, les administrateurs ne sauraient engager la société par les actes qu'ils accomplissent en dépassant les limites de leurs attributions, le droit allemand au contraire admettait que les administrateurs pouvaient engager la société alors même qu'ils avaient dépassé les pouvoirs qui leur avaient été conférés dans les statuts.

Jusqu'à la dissolution de la société, cette divergence entre les législations des différents Etats continue à se manifester, et même ultérieurement au cours de la période de liquidation. En effet, les lois des divers pays n'accordent pas aux liquidateurs de sociétés anonymes des pouvoirs analogues. Alors que la jurisprudence française estime que les liquidateurs peuvent, en vertu du mandat général d'administration dont ils sont investis, demander aux actionnaires de verser la portion complémentaire de leur action qu'ils n'ont pas encore acquittée, la loi anglaise ne permet pas aux liquidateurs d'une compagnie à responsabilité limitée de le faire sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du juge par une ordonnance rendue contradictoirement.

Il nous suffira de citer ces quelques exemples, auxquels on pourrait en ajouter bien d'autres, pour montrer que le particularisme national du droit des sociétés, particularisme qui va d'ailleurs en s'accentuant, n'est pas un vain mot et qu'il se manifeste même dans des pays voisins et de civilisation commune.

La détermination de la loi applicable rendue nécessaire par la diversité des législations doit, pour être satisfaisante, obéir aux

règles générales d'un critère déterminé, fondé sur les liens qui unissent la société à un Etat.

Lorsque les différents éléments qui sont susceptibles de relier la société déterminée convergent vers un même Etat, le problème est très simple. On soumet la société à la loi du pays auquel l'unissent ces liens multiples. Mais il arrive fréquemment que, par suite de l'essor pris par les sociétés et de la multiplication des rapports commerciaux entre les différentes nations, on assiste à un éparpillement des divers éléments qui peuvent constituer des critères de rattachement. Nous avons déjà montré dans l'Introduction qu'une même société pouvait avoir des éléments de rattachement l'unissant à de multiples Etats. Sans doute, dans bien des cas les pays auxquels la société se rattache par ses éléments constitutifs ne sont pas nombreux. Mais il suffit qu'ils ne convergent pas tous vers un même pays, ce qui sera assez fréquent, pour qu'une question de discrimination se pose, pour qu'il soit nécessaire de faire un choix entre les différents éléments de rattachement, entre les différents liens qui, théoriquement, seraient susceptibles de servir de critère de détermination de la loi applicable. Que la société ait des attaches avec deux ou avec un plus grand nombre de pays, le problème est le même : il faut choisir et, pour fonder une discrimination rationnelle, il faut découvrir un critère.

12. — Pour aboutir dans cette recherche à un résultat satisfaisant, il est indispensable de dégager à l'avance les principes directeurs qui doivent nous guider dans la découverte du critère.

Ces principes sont au nombre de deux : il faut que l'élément de rattachement choisi soit tel que le pays dont la loi sera compétente représente le centre effectif de la vie sociale. Il faut, d'autre part, qu'il présente une stabilité suffisante pour assurer la continuité du statut juridique de la société.

L'élément de rattachement choisi doit tout d'abord attribuer compétence à la loi du pays d'où part en fait l'impulsion génératrice donnée à l'entreprise. Pour déterminer ce pays avec certitude, il sera nécessaire d'apprécier la force respective des différents éléments de rattachement, de rechercher l'importance de chacun d'entre eux dans la vie de la société. Il faudra se poser la question de savoir quel est l'élément qui unit le plus intimement la société à un Etat : est-ce le siège social ou le centre d'exploitation ? En d'autres termes, quel est le centre réel de la vie de la société : le lieu d'où ses dirigeants donnent leurs ordres ou celui dans lequel opère l'élément technique ? Est-ce que, d'autre part, la nationalité de ses dirigeants et des détenteurs du capital social unit la société à l'Etat dont ils sont les ressor-

tissants, plus étroitement que la présence du siège social dans un autre pays la relie à ce dernier ?

Ce choix sera d'ailleurs commandé par la nécessité d'assurer l'unité du statut de la société, car seul un critère de rattachement possédant une force indiscutable permettra d'atteindre ce résultat.

Toutefois, la considération de la force respective des différents liens ne doit pas être la seule à nous guider dans la recherche du critère. Une autre considération non moins importante doit également entrer en ligne de compte : celle de la stabilité de l'élément de rattachement. Ce caractère, lorsqu'on envisage la question sous l'aspect de la loi applicable, est tout aussi essentiel que le précédent. En effet, il faut que la loi qui régira la société, qui va fixer son statut, puisse la suivre pendant toute son existence. Il est nécessaire que le statut juridique de la société présente un maximum de stabilité. Cette stabilité est indispensable à la bonne marche d'une entreprise. En effet, comment concevoir une société dont le statut, par suite de changements fréquents de la loi qui le régit, serait soumis à des fluctuations incessantes ? Il s'ensuivrait des difficultés considérables, car les tiers contractants qui désirent connaître avant de traiter les pouvoirs de leur co-contractant éprouveraient les plus grandes difficultés à en prendre connaissance, ou alors il faudrait qu'à chaque changement une publicité nouvelle soit faite, ce qui entraînerait des complications multiples. D'autre part, chaque modification de loi entraînerait la naissance d'un conflit mobile avec toutes ses conséquences. On s'aperçoit, en pratique, de toutes ces difficultés, lorsqu'une société transfère son siège social à l'étranger et, même, si l'on admet la théorie de nombreux auteurs qui refusent d'admettre la possibilité d'un changement de statut sans dissolution de la société, on s'exposerait, au cas d'adoption d'un critère fondé sur un élément variable, à donner à la société une existence éphémère, puisqu'elle ne pourrait survivre à aucune variation de cet élément changeant.

Ce sont ces deux considérations, jointes à la nécesssité de découvrir un critère de compétence législative apte à décourager les tentatives de fraude qui devront dicter notre choix entre les différentes lois dont l'application peut être théoriquement envisagée : loi d'autonomie, loi nationale des associés, loi de constitution, loi du centre d'exploitation ou du siège social. Elles domineront donc la détermination de la loi compétente, tant dans le Titre I^er^ consacré à la Recherche du critère de détermination de la compétence législative que dans le Titre II consacré à la Mise en œuvre du critère adopté, ce plan bipartite représentant les deux étapes qu'il faut successivement franchir pour parvenir à individualiser la loi compétente avec une précision suffisante.

TITRE I

Recherche du critère de détermination de la compétence législative

13. — La recherche du critère de détermination de la compétence législative ne constitue, comme nous l'avons déjà signalé, qu'une première étape dans la détermination de la loi applicable.

Elle permettra cependant d'aboutir à un résultat positif. En effet, si elle ne suffit pas à déterminer la loi compétente avec toute la précision souhaitable, elle permet de dégager l'élément de rattachement prédominant qui constituera le fondement rationnel de la compétence législative.

Son objet est, en effet, d'apprécier l'importance respective des divers éléments de la société afin de déterminer celui qui exerce une influence prépondérante sur la vie sociale.

On verra donc réapparaître les deux éléments qui composent la société et dont l'opposition a été constatée lors de l'analyse du concept de société : le contrat et la personnalité morale, chacun étant susceptible d'entraîner la compétence de lois différentes : le contrat celle de la loi d'autonomie ou de la loi de constitution, la personnalité morale celle de la loi « nationale » de la société ou de la loi du domicile social, la nationalité ou le domicile pouvant se déterminer en fonction du siège social ou du centre d'exploitation.

En dépit de leur opposition manifeste, les critères fondés sur la notion de contrat et ceux reposant sur la personnalité morale présentent certaines analogies. Ce sont des critères objectifs, en ce sens qu'ils s'attachent au concept de société, envisagé sous l'angle contractuel ou institutionnel, mais toujours considéré en tant que tel, sans tenir compte des personnes qui, en fait, se cachent derrière la société.

C'est de cette considération que s'inspirent, au contraire, les critères subjectifs fondés sur la personnalité des associés et des dirigeants sociaux, critères dont la vogue est certaine, tout au moins en doctrine, sur le terrain de la jouissance des droits et dont il est intéressant d'envisager la possibilité d'application en matière de conflits de lois.

Les différents critères concevables peuvent donc se rattacher à trois éléments : le contrat, la personnalité des associés et des dirigeants sociaux, la personnalité morale.

Le choix entre eux ne pourra s'effectuer qu'en fonction de l'importance respective de ces trois éléments dans la vie sociale et de l'aptitude de chaque critère à prévenir les fraudes et à assurer l'unité et la stabilité du statut juridique de la société. Seul le critère réunissant ces diverses qualités pourra servir de fondement rationnel à la compétence législative.

CHAPITRE I

LES CRITÈRES FONDÉS SUR LA NOTION DE CONTRAT

14. — En dépit de la place prépondérante prise par la personnalité morale, la notion de contrat demeure l'un des éléments de base de la société.

Dans ces conditions, il est permis de se demander s'il n'y a pas lieu de considérer le droit international privé des sociétés comme une branche de celui des contrats et de transposer à la matière des sociétés les principes de compétence législative admis sur le terrain contractuel.

En fait, la détermination de la loi applicable se posant le plus souvent au moment de la constitution de la société, on pense immédiatement au contrat qui unit la société en formation aux associés dans les sociétés de capitaux et les associés entre eux dans les sociétés de personnes, et l'on est tenté de l'utiliser comme fondement de la compétence législative en justifiant la primauté qu'on lui accorde par l'idée que c'est lui qui donne naissance à la personne morale. En effet, sans contrat la personne morale ne serait pas créée. Elle n'est qu'une conséquence du contrat. Dans ces conditions, n'est-il pas normal de faire prévaloir la cause sur l'effet ?

Or, le domaine des contrats est celui où le Droit international privé consacre les solutions empreintes du plus grand libéralisme. La projection sur le plan international de l'autonomie de la volonté admise par le droit français interne et à laquelle ce dernier demeure fermement attaché a pour conséquence de laisser aux contractants une certaine latitude dans le choix de la loi applicable. Il faudra donc s'attacher tout d'abord à l'étude de la loi d'autonomie et rechercher si son application aux sociétés est conciliable avec la nécessité d'assurer l'unité et la permanence du statut juridique de la collectivité, et surtout si elle permet de réprimer les fraudes émanant des fondateurs.

Mais, en droit interne, l'autonomie des fondateurs de sociétés ne peut s'exercer que dans des limites relativement restreintes, le droit des sociétés édictant le plus souvent des dispositions impéra-

tives auxquelles ils doivent se conformer. On peut, dès lors, se demander si cette restriction apportée à la liberté des fondateurs ne doit pas trouver sa manifestation sur le plan international dans l'affirmation de la compétence de principe d'une loi impérative, du moins en apparence, la loi du lieu de constitution qui tiendrait compte du caractère contractuel de la société, tout en étant mieux adaptée au particularisme du contrat de société et en constituant pour cette raison une garantie plus efficace contre les velléités de fraude.

Section I

LA LOI D'AUTONOMIE

15. — L'application aux sociétés des principes généraux admis en matière contractuelle conduirait à les soumettre à la loi d'autonomie. On laisserait aux fondateurs le soin de choisir la loi qui leur semble la moins tracassière. Toutefois, cette conception, qui recueillerait sans nul doute l'adhésion unanime des fondateurs de sociétés, n'entraînerait pas à leur profit la possibilité d'un choix aussi étendu qu'on pourrait le croire à première vue. L'adoption du régime admis en matière contractuelle ne permettrait pas, par exemple, à des Français fondant en Allemagne une société, dont le siège social se trouve en Angleterre et qui a pour objet d'effectuer des opérations commerciales en Italie, de soumettre cette société à la loi américaine. En effet, le système de l'autonomie de la volonté, tel qu'il est consacré en matière contractuelle, ne saurait, à notre avis, avoir la portée absolue qu'on lui a parfois faussement attribuée. C'est pourquoi, pour pouvoir apprécier en toute connaissance de cause la possibilité d'une application de la loi d'autonomie aux sociétés commerciales, il importe de préciser quelle est, dans le droit des contrats, la portée exacte du principe de l'autonomie de la volonté. D'après la jurisprudence, les parties ne peuvent choisir que la loi des pays avec lesquels le contrat présente des éléments de rattachement. C'est pourquoi un contrat dont la conclusion et l'exécution se placent en France ne peut être soumis à une loi étrangère (1).

Cette solution est parfaitement logique. A notre avis, permettre aux contractants de choisir la loi qui régira le contrat qu'ils passent, ce n'est pas leur conférer une liberté totale de choix entre toutes les législations du monde, y compris celles n'ayant absolument aucun rapport avec le contrat envisagé. C'est bien plutôt leur donner la latitude de localiser leur contrat dans tel ou tel pays auquel il se

15. — (1) V. les principes posés par Civ. 19 févr. 1930 et 27 janvier 1931 (S. 1933.1.41 note Niboyet).

rattache déjà par un élément constitutif. En d'autres termes, on autorise les contractants à choisir entre les diverses attaches que l'opération peut avoir avec divers pays celle qui, dans leur esprit, est la plus importante et d'adopter la loi du pays de cette dernière. Le contrat pourra par exemple avoir été conclu en France entre deux Belges et devoir être exécuté en Angleterre. On donnera aux contractants le choix entre les lois belge, française et anglaise, mais là devra se limiter l'option dont ils jouissent. La latitude qui leur est laissée consiste au fond à leur permettre d'établir eux-mêmes une hiérarchie entre les divers pays auxquels le contrat se rattache (1). Il en résultera qu'une option ne sera ouverte aux contractants qu'au cas de conflit réel, c'est-à-dire lorsque les divers éléments du contrat se rattacheront à des pays différents.

La meilleure preuve de cette limitation dans la possibilité de choix offerte aux contractants, c'est l'application généralement admise en cette matière de la théorie de la fraude à la loi. Si l'on considérait, en effet, que les parties ont une liberté absolue de soumettre leur contrat à la loi qui leur convient le mieux en dehors de tout rapport avec le contrat lui-même, la fraude à la loi n'aurait pas le moindre domaine d'application possible dans le droit des contrats, car elle se heurterait à la souveraineté omnipotente des parties. Au contraire, si l'on admet que la liberté laissée aux parties est simplement de localiser le contrat en tenant compte de l'importance respective des différents éléments, on pourra exiger que cette localisation soit sincère et l'annuler comme frauduleuse si elle a pour but principal d'échapper à la loi que dicte l'économie du contrat, selon l'expression de M. Batiffol. Nous aurons l'occasion de voir que certains arrêts de jurisprudence ont consacré, en matière de sociétés, une conception qui s'en rapproche fort (3).

Ainsi ramené à des proportions plus restreintes que celles qui lui ont été parfois attribuées, le système de l'autonomie de la volonté

15. — (2) V. en ce sens : Batiffol : *Les Conflits de lois en matière de contrats*, p. 52. Melchior : *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatreschts*, 1932, p. 506 et s. Dicey : *Conflicts of Laws*, 5e éd. par Keith, 1932, p. 649. La Jurisprudence des Etats-Unis est également en ce sens. De même, plusieurs décisions de la jurisprudence française contiennent l'affirmation qu'un contrat ne pouvait être soumis à une loi étrangère quand sa conclusion et son exécution se plaçaient toutes deux en France. Cf. en ce sens les décisions citées par M. Batiffol, *op. cit.* p. 59 note 1.2.3 ; Salmon, v. Philadelphia Warchouse Qo 274.U.S. 403.71 L., éd. 1123 (1928). Cour d'Appel du 8e circuit dans l'affaire Merchant's and Manufacturers' Securities Co V. Johnson (1934).

15. — (3) C'est ainsi que plusieurs décisions de jurisprudence ont décidé qu'un contrat ne pouvait être soumis à une loi étrangère lorsque sa conclusion et son exécution se plaçaient en France : Trib. Com. Marseille, 19 novembre 1924. Rec. Marseille 1926.1.159 ; Rennes 26 Juillet 1926. Rev. Dr. Intern. Privé 1927, p. 523.

est-il applicable à la détermination de la loi régissant le statut des sociétés commerciales ?

En faveur de son application, on peut faire remarquer que le problème qui se pose est exactement le même ou, tout au moins, qu'il présente des analogies sérieuses avec celui que nous venons d'étudier en matière de contrat. Le problème revient, en effet, ici également à apprécier la localisation que les fondateurs ont donnée aux divers éléments de leur société et à voir lequel d'entre eux relie la société à un Etat d'une façon suffisamment étroite et permanente.

Mais si le problème est sensiblement le même, il ne faut pas toutefois exagérer cette identité. En effet, en matière de sociétés vont surgir des facteurs nouveaux qui tiennent à la nature propre du contrat de société et qui vont avoir pour effet de nous contraindre à tenir compte de considérations nouvelles.

Tout d'abord, même dans la mesure où l'on peut considérer le contrat de société comme un véritable contrat, on est obligé de reconnaître qu'il présente un particularisme très prononcé. D'autre part, il crée une personne morale qui éclipse le contrat lui-même.

A. — *Particularisme du contrat de société*

16. — Admettre une certaine liberté de choix, c'est restreindre le domaine de la répression de la fraude et, par conséquent, supposer que cette dernière n'est pas à craindre ou, tout au moins, que ses dangers sont limités. Or, en matière de sociétés, les dangers de fraude sont plus considérables que dans un contrat ordinaire.

En effet, la plupart des contrats contiennent en eux-mêmes une garantie contre la fraude concertée des parties. Cette garantie réside essentiellement dans l'opposition qui existe entre les intérêts des contractants. La société, au contraire, étant un contrat d'union d'intérêts, l'intérêt de tous les associés jouera dans le même sens ; soumettre la société à la loi qui exigera le moins de formalités de constitution et limitera au minimum la responsabilité. On pourra objecter que cette concordance d'intérêts ne se manifestera pas toujours et que, dans certains cas, des divergences pourront se produire entre les associés, lorsque, par exemple, une loi, en limitant l'accès des assemblées générales aux actionnaires titulaires d'un certain nombre de titres, favorisera les actionnaires puissants au détriment des petits. Dans ce cas, dira-t-on, les gros actionnaires auront intérêt à l'adoption de cette loi, tandis que l'intérêt des petits actionnaires sera de soumettre la société à une législation plus protectrice pour eux. Toutefois, cette divergence d'intérêts

n'influera pas pratiquement sur la détermination de la loi applicable, car si les actionnaires sont bien les parties contractantes, ce ne seront pas eux, mais les fondateurs qui, dans le système de l'autonomie, détermineraient la loi applicable, celle-ci devant être fixée dès avant la souscription. Les fondateurs, qui sont en général les futurs dirigeants de la société, et souvent les principaux actionnaires, n'auront que des intérêts identiques qui rendront fréquente une fraude concertée entre eux, fraude dirigée précisément contre les futurs souscripteurs, par l'adoption d'une loi non protectrice de la petite épargne.

Ce danger de fraude, résultant de l'union des intérêts des fondateurs, sera d'autant plus considérable que les sociétés mettent en jeu des intérêts pécuniaires beaucoup plus importants que les contrats ordinaires. En effet, si les contrats peuvent parfois porter sur des sommes considérables, il ne s'y manifestera pas un brassage de capitaux analogue à celui que l'on voit dans les sociétés par actions. Or, l'importance des capitaux en jeu sera susceptible, au cas d'option possible entre diverses lois, de pousser les fondateurs à prendre des mesures extrêmes leur permettant d'accroître le nombre des lois théoriquement applicables. Ainsi, l'on admet que les contractants pourront opter pour la loi du lieu de conclusion du contrat. Si deux Français veulent passer un contrat ordinaire pour lequel la loi suédoise leur offre des facilités exceptionnelles, ils hésiteront néanmoins à se déplacer en Suède pour y passer leur acte, à seule fin de pouvoir le soumettre à la loi suédoise, *lex loci contractus*. Au contraire, des fondateurs de société, si pareille possibilité leur était offerte, n'hésiteraient vraisemblablement pas à faire le déplacement, déplacement qui se justifierait par l'importance beaucoup plus considérable des intérêts en jeu.

17. — Cette importance des intérêts en jeu produit d'ailleurs une autre conséquence. Les sociétés constituant un agent important de sa puissance économique, l'Etat ne peut pas se désintéresser du problème. A l'heure actuelle, la majeure partie du commerce et de l'industrie s'effectue par l'intermédiaire des sociétés. Dans ces conditions, à une époque où règne l'économie dirigée, l'Etat ne pourra pas rester indifférent. Il veut contrôler l'activité des sociétés. Pour cela, il a édifié un droit des sociétés qui est conforme à ses aspirations en ce domaine. A quoi cela lui servira-t-il si, par suite de la liberté de choix des fondateurs, ceux-ci peuvent soustraire leur entreprise aux prescriptions posées par le législateur pour la soumettre à des dispositions d'un esprit différent ? Sans doute, l'Etat a bien d'autres moyens de contrôler l'activité des sociétés, mais une

des meilleures armes dont il dispose est encore d'empêcher qu'elles échappent à sa propre législation en ce qui concerne leur statut juridique.

D'autre part, dans la majorité des espèces dans lesquelles les tribunaux ont eu à statuer sur la détermination faite par les parties à un contrat de la loi applicable, il s'est avéré que, pratiquement, l'option dont elles disposaient se réduisait à un choix entre deux lois : la loi du lieu de conclusion du contrat et la loi du lieu d'exécution, parce qu'il existait un certain équilibre dans leur importance respective et que, par conséquent, les parties avaient pu, en toute sincérité, hésiter sur le point de savoir laquelle exerçait l'incidence la plus forte sur l'économie du contrat. Or, en matière de sociétés, il existe, au contraire, un déséquilibre flagrant entre elles ; ce qui compte, ce n'est pas le lieu dans lequel on a rédigé l'acte constitutif, mais celui dans lequel la société à laquelle cet acte aura donné naissance vivra pendant de nombreuses années.

Sans doute, ce déséquilibre n'est pas spécial au contrat de société. Il se manifeste dans tous les contrats à exécution successive, et surtout dans ceux qui créent une situation juridique permanente à l'égard des tiers. Ainsi, dans le contrat de mariage, le lieu du domicile des époux, lieu d'exécution du contrat, apparaît comme étant d'un plus grand intérêt que le lieu où le mariage a été célébré. Néanmoins, on admet en cette matière la loi d'autonomie, ce qui tendrait à prouver que le seul déséquilibre dans l'importance respective des différentes lois offertes au choix des parties ne saurait permettre d'écarter d'une façon péremptoire le système de l'autonomie de la volonté.

Mais si le système de l'autonomie de la volonté reçoit une application effective dans le contrat de mariage, cette application tend à se limiter à l'hypothèse dans laquelle les parties ont choisi de façon expresse la loi à laquelle elles entendaient soumettre leur régime matrimonial. Au contraire, au cas de silence des futurs époux, la jurisprudence tend à prendre en considération la loi du pays dans lequel ils ont fixé leur premier domicile. Il faut y voir, disent certains auteurs, une interprétation de la volonté présumée des parties. Mais en réalité, on peut se demander si cette désignation systématique par la jurisprudence, de la loi du premier domicile des époux comme base de leur régime matrimonial, ne constitue pas beaucoup plus qu'une recherche effective de l'intention des époux une localisation objective par le juge du régime matrimonial.

Le contrat de société présentant des analogies certaines avec le contrat de mariage, on pourrait songer à lui appliquer un système analogue : liberté de choix pour les fondateurs et, en cas de silence de ceux-ci, retour à la fixation d'une loi impérative par les tribunaux.

Un tel système ne présenterait en matière de société aucun intérêt, car la fixation de la loi sera nécessairement expresse. Les époux peuvent passer sous silence les dispositions relatives au régime futur de leurs biens. Les fondateurs d'une société, au contraire, sont obligés de se référer aux dispositions d'une loi déterminée pour pouvoir effectuer les diverses opérations que nécessite la constitution de leur société. D'ailleurs, même s'ils n'étaient pas contraints de le faire, ils ne manqueraient pas de préciser la loi à laquelle ils entendent soumettre leur société pour éviter qu'une fixation impérative ultérieure ne vint leur imposer une loi contraire à leurs aspirations.

Cette distinction entre le cas où les fondateurs n'ont pas exprimé leur volonté et celle où, au contraire, ils ont choisi expressément la loi applicable ne nous semble donc pas présenter d'intérêt.

D'ailleurs, il ne faut pas se laisser abuser par les analogies que nous avons relevées entre le contrat de mariage et le contrat de société. En effet, il existe entre eux des différences profondes quant aux conséquences qu'ils produisent. Le contrat de mariage donne naissance au régime matrimonial qui ne possède pas la personnalité morale. Le contrat de société a pour effet de créer une personne morale, et la considération de la personnalité morale introduit des facteurs nouveaux qui déplacent dans une large mesure la position du problème (1).

B — *Conséquences de l'existence d'une personne morale*

18. — On peut dire sans crainte d'exagération qu'à l'heure actuelle la notion de contrat a presque complètement disparu des sociétés de capitaux pour céder le pas à celle de personne morale. En effet, lorsqu'une personne souscrit des actions d'une société, il n'y a pas entre elle et les représentants de cette dernière la libre discussion sur un pied d'égalité qui est à la base d'un véritable contrat. Or, c'est précisément cette libre discussion qui est une des causes déterminantes de l'adoption de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Le système français de solution de conflits de lois laisse les contractants libres de localiser le contrat dans le pays qui leur convient le mieux, parce que cette localisation est le fruit de la volonté commune de toutes les parties. Dans les sociétés, au contraire, le choix de la loi applicable serait simplement l'œuvre de quelques personnes : les fondateurs. Les souscripteurs éventuels

17. — (1) V. cependant l'opinion de M. CARBONNIER : *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de sociétés et d'associations*, Thèse, Bordeaux, 1932.

n'auraient que l'alternative soit d'adhérer à la société, et par là même de ratifier implicitement et a posteriori le choix des fondateurs, soit de se refuser à souscrire. L'influence de l'une des parties contractantes serait donc indirecte en ce sens qu'elle interviendrait sous forme de ratification et non sous forme de discussion. Cela ne signifie d'ailleurs pas que cette influence soit nulle. Il est bien certain, en effet, que si, par suite de leur désapprobation du choix des fondateurs, tous les souscripteurs éventuels, ou la majeure partie d'entre eux, se refusent à acquérir les titres de la société, ils empêcheront la création de celle-ci. On pourrait donc prétendre que l'influence des souscripteurs est manifeste et qu'elle demeure aussi considérable que s'il y avait une véritable discussion. Ce serait vrai si les souscripteurs étaient aussi versés que les fondateurs dans les subtilités du droit des sociétés. Mais le plus souvent il n'en est rien; les souscripteurs des sociétés anonymes sont des épargnants qui voient, dans leur adhésion à la société, le moyen d'effectuer un placement qu'ils souhaitent avantageux, mais qui ignorent tout des embûches que pourrait receler la loi étrangère choisie par les fondateurs. On a réussi en droit français, par une réglementation du démarchage, par l'exigence de mesures de publicité très strictes, à réduire au maximum les possibilités de fraude des fondateurs. Cela ne serait d'aucune utilité si ceux-ci pouvaient y échapper en fixant selon leur bon plaisir la loi qui régira leur société.

Le déséquilibre entre les deux parties : la société et l'associé, permet donc de douter qu'il y ait véritablement un contrat à la base des sociétés de capitaux et conduit à écarter la loi d'autonomie en tant que loi applicable. Toutefois, on pourrait se demander si l'évolution récente du droit français des sociétés, dans la mesure où elle fait réapparaître la personnalité des associés derrière la façade de la société, et où, en conséquence, elle diminue l'importance de la personne morale et accroît celle du contrat, n'est pas susceptible d'avoir une incidence en droit international privé.

Cette incidence est certaine sur le terrain de la jouissance des droits. Il est manifeste, en effet, que le droit interne et le droit international privé ont suivi, en cette matière, une évolution parallèle. On peut même dire que c'est en droit international que sont apparus tout d'abord les inconvénients qu'il y avait à considérer la société comme une façade opaque et immuable cachant la personnalité des actionnaires et des dirigeants sociaux. Par contre, sur le terrain des conflits de lois, nous ne pensons pas que cette évolution soit susceptible d'exercer la moindre influence en faveur de la loi d'autonomie. Au contraire, elle est susceptible de fournir des arguments aux adversaires de ce système. En effet, les mesures prises par la jurisprudence et le législateur peuvent s'analyser en

des mesures de défense contre les sociétés en général, et les sociétés étrangères en particulier. Pour que le particularisme de notre droit des sociétés, particularisme qui est le fruit de cette défiance, puisse s'affirmer de la façon la plus complète ,il est nécessaire de donner à la législation française le domaine d'application le plus vaste possible et de consacrer une solution territorialiste qui ne cadre pas du tout avec le système de l'autonomie de la volonté.

L'influence déterminante de la notion de personne morale sur la loi applicable, influence que ne contrecarre aucunement l'affaiblissement de cette notion, explique que les sociétés de personnes dans lesquelles pourtant le contrat a une importance plus grande doivent être soumises, en matière de conflit de lois, au même régime que les sociétés de capitaux. En effet, le droit français reconnaît formellement, aux unes comme aux autres, la personnalité morale. Si loin que l'on veuille aller dans l'atténuation de la personnalité morale, on ne peut arriver à en nier complètement l'existence. On est obligé de reconnaître, quelle que soit la position doctrinale que l'on adopte, que la société est en France un sujet de droit qui est apte à passer en son nom propre avec les tiers tous les contrats conformes à l'objet social. Ce rayonnement de la société fait apparaître un facteur nouveau qui n'est pas négligeable : l'intérêt des tiers. Le tiers contractant préfèrera traiter avec une société soumise à une loi qui lui est familière afin d'éviter les dangers d'une législation inconnue qui serait insuffisamment protectrice de ses droits. Or le système de l'autonomie risquerait de ne pas lui donner de garanties suffisantes, les fondateurs pouvant avoir opté pour une loi lointaine qui leur est favorable et qui ne sauvegarde pas les intérêts des tiers. Dans cette mesure, le système de l'autonomie nuira à la société elle-même, car il entraînera une diminution de son crédit. Le crédit d'une société est, en effet, la résultante de tout un ensemble de facteurs tant matériels que psychologiques. L'importance du capital social n'est pas le seul facteur contribuant au crédit de la société. Car le gage que constitue le capital demeurera purement théorique si la société est soumise à un statut tel que les tiers qui contracteront avec elle n'ont aucune garantie leur assurant le paiement de leur créance.

19. — Le système consistant à soumettre à la loi d'autonomie l'ensemble du statut juridique de la société se heurte donc à des obstacles tels qu'il apparaît inapplicable. Toutefois, on pourrait, sur la base de la dualité d'éléments que révèle l'analyse du concept de société : contrat et personnalité morale, songer à un système intermédiaire dans lequel la loi d'autonomie, sans avoir une application générale, ne se trouverait pas entièrement exclue. Ce système consis-

terait à distinguer la capacité de la personne morale qui serait régie par une loi que le législateur pourrait fixer impérativement et, d'autre part, ses conditions de création et les relations des associés créateurs entre eux qui, étant de nature contractuelle, seraient soumises à la loi d'autonomie (1). Ce système qui, d'ailleurs, n'a pas prévalu présenterait un inconvénient majeur. Il serait, en effet, arbitraire de chercher à disséquer la société. La distinction du contrat et de la personne morale apparaît comme une vue commode de l'esprit. Il existe un lien trop étroit entre les conditions de validité du contrat de société et ses effets, entre les relations des associés et celles entre la société et les tiers, pour que l'on puisse les soumettre à des lois différentes. Chaque système législatif constitue un tout, cohérent, dont l'application fragmentaire est impossible. En effet, les conditions de validité d'une société sont fonction des effets qu'on veut lui faire produire, de même que les règles qui régissent les relations entre les associés sont conçues en vue du crédit que l'on désire accorder à la société et, par là même, exercent une incidence sur ses relations avec les tiers.

D'ailleurs, il suffit de se référer au droit des contrats pour s'apercevoir que le morcellement du contrat, conséquence du système de l'autonomie de la volonté, n'a jamais produit que des effets désastreux et que la jurisprudence tend actuellement dans tous les pays à le limiter (2). Cette tendance est parfaitement logique et, dans le domaine des sociétés qui nous intéresse plus spécialement, nous pensons qu'il faut avant tout arriver à une loi unique. Ceci ne signifie d'ailleurs pas que l'on puisse soumettre à une loi unique toutes les péripéties de la vie d'une société. Nous aurons l'occasion de voir, en étudiant les diverses phases de leur existence que, parfois, pour des raisons d'ordre public principalement, on est obligé d'adopter une loi différente ; mais ces solutions sont exceptionnelles, et l'on doit s'efforcer de les limiter le plus possible. En tous cas, il ne faut pas, dès l'origine et sans y être contraint, procéder au « dépeçage » de la société.

20. — Le système de l'autonomie de la volonté étant insusceptible d'une application, même fragmentaire, on peut dire que l'ensemble du droit des sociétés échappe à la loi d'autonomie, tout au moins pour ce qui est des sociétés pourvues de la personnalité

19. — (1) M. BATIFFOL, op. cit., p. 291, mentionne la possibilité théorique d'un tel système auquel il dénie d'ailleurs toute valeur pratique.

19. — (2) La majorité des auteurs se prononce en faveur de l'application d'une loi unique : PILLET, *Traité pratique*, t. II, n° 492 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 4e éd., p. 282 ; BATIFFOL, *op. cit.*, p. 70. De même, la 6e conférence de D.I.P. de La Haye s'est prononcée en ce sens.

morale. Pour ce qui est, au contraire, des groupements sans personnalité, comme les associations en participation du droit français ,les partnership du droit anglo-saxon ou les offen Handelsgesellschaft du droit allemand, le problème se pose d'une façon différente, car ces groupements apparaissent comme de simples contrats et en conséquence les raisons qui conduisaient à écarter la loi d'autonomie ne se justifient plus.

En effet, ces groupements se constituent par un véritable contrat dont les conditions sont librement débattues par les parties qui traitent sur un pied d'égalité. D'autre part, à raison du caractère occulte de l'association en participation, seules apparaissent, du point de vue juridique, les relations entre les associés co-contractants. Le groupement ne manifestant aucune vie externe, il n'y a pas lieu de prendre en considération l'intérêt des tiers qui contracteront avec l'un des membres du groupement considéré en tant qu'individu et non en tant qu'associé. Sans doute, l'associé qui a ainsi contracté devra rendre compte de l'opération aux autres associés et partager avec lui les bénéfices, mais ce règlement de comptes intérieur n'intéresse pas les tiers. Ceux-ci ne connaissent que leur co-contractant, et c'est contre lui, et lui seul, qu'ils se retourneront au cas d'inexécution de sa prestation (1).

Enfin, le contrôle que l'Etat désire exercer sur les sociétés ne se justifiait que par suite de la puissance économique de celles-ci. Or l'envergure relativement restreinte des groupements sans personnalité morale permet, même dans un régime d'économie dirigée, de leur laisser une certaine latitude dans le choix de la loi qui doit les régir sans qu'il en résulte pour l'Etat de danger considérable, car les répercussions en seront forcément limitées.

Dans ces conditions, quelle devra être l'attitude de la jurisprudence en présence d'un groupement sans personnalité morale ? Le problème se présentera à elle de façon différente selon que les associés auront choisi expressément la loi applicable ou qu'au contraire elle devra suppléer au silence des parties.

Lorsque les contractants auront fixé dans les statuts un siège social, la jurisprudence sera amenée le plus souvent à le prendre en considération comme critère de détermination de la loi applicable. Mais elle ne devra pas considérer la loi du siège social comme la loi du domicile du groupement, car on ne peut prétendre attribuer un véritable domicile à une association qui n'est pas un sujet de droit,

20. — (1) Il convient de remarquer que ce dernier argument n'est pas valable pour les « partnership ». Le droit anglais, en effet, ne connaît pas la participation telle qu'elle existe dans les art. 47 à 50 Code Com. Le sleeping partner qui est l'associé occulte est tenu solidairement des dettes contractées par les associés connus des tiers.

puisqu'elle ne possède pas la personnalité morale. Si elle adopte le critère du siège social, ce sera simplement sur la base d'une présomption de volonté des parties de localiser leur contrat en ce lieu. Ceci n'impliquera pas, pour la jurisprudence, l'obligation d'entériner purement et simplement la décision des parties. Elle conservera, au contraire, le pouvoir d'apprécier si le lieu choisi par les parties est conforme à l'économie du contrat (2).

Cette conformité apparaîtra très nettement si le siège social fixé par les associés coïncide avec le lieu d'exécution du contrat. Par contre, si le siège social choisi par les associés ne correspond pas au lieu d'exécution du contrat, la jurisprudence doit rechercher si la supériorité de la direction sur l'exécution est de nature à justifier l'application de la loi du pays du siège social.

Mais c'est surtout au cas de silence des parties que la tâche de la jurisprudence est délicate, car il lui appartient de suppléer à leur carence. Le groupement sans personnalité morale étant essentiellement un contrat à exécution successive, il semble que ce soit la loi du lieu d'exécution qui soit la plus qualifiée. Toutefois, son application ne saurait être automatique, et le juge devra limiter son application aux hypothèses dans lesquelles il n'a pas découvert d'indices lui permettant de croire à la volonté des parties de localiser le contrat dans un lieu différent, comme par exemple le lieu de conclusion. Cet indice pourrait résider dans le fait que les parties ont prévu que les règlements de comptes interviendraient au lieu de conclusion du contrat.

21. — Telles apparaissent les solutions que dicte la logique. Dans quelle mesure sont-elles consacrées par la jurisprudence des principaux Etats ?

Les juridictions américaines tendent, sauf détermination expresse par les parties de la loi applicable ou désignation d'un siège social, à traiter la « partnership » comme un mandat et à la soumettre à la loi du lieu d'exécution (1). En Allemagne, au contraire, la jurisprudence et les auteurs s'efforcent de soumettre les groupements sans personnalité à la loi du siège social présumé, ce qui présente l'avantage de consacrer une solution analogue à celle admise pour les personnes morales, analogie qui peut être commode dans les cas douteux (2).

20. — (2) La désignation par des parties d'un siège social ne saurait constituer un choix exprès de la loi applicable. Elle peut s'interpréter comme une manifestation tacite de la volonté de localiser leur groupement en ce lieu.

21. — (1) Sur la jurisprudence américaine, V. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 293, note I et les références.

21. — (2) NUSSBAUM : *Deutsches Internationalen Privatrecht* 1932, p. 206, et les références.

La jurisprudence française est extrêmement rare sur la question. Nous n'avons relevé que deux arrêts dont le second seul comporte des enseignements véritablement précieux. Le tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 2 juin 1922, en déclarant irrecevable comme contraire à l'ordre public l'action en règlement de comptes d'une association en participation ayant pour objet le pari aux courses en Hongrie, consacrait implicitement l'application de la loi du lieu d'exécution qui était la loi française. Toutefois, il semblait difficile de tirer de ce jugement des conclusions définitive, car la considération de l'ordre public qui jouait en l'espèce un rôle déterminant impliquait nécessairement le retour à la loi française. Dans ces conditions, on pouvait se demander si l'application de la loi française était dictée par le fait qu'elle était la loi du lieu d'exécution, auquel cas la solution pouvait avoir une portée générale, ou si elle n'était pas plutôt commandée par l'ordre public, ce qui lui donnait un caractère exceptionnel (3).

Fort heureusement, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 août 1940 (4), la Cour de Cassation a eu l'occasion de statuer sur la question dans des conditions moins équivoques que le Tribunal de la Seine. Deux « Chettys », banquiers indiens spécialisés dans le prêt d'argent, avaient formé aux Indes une société pour laquelle ils n'avaient observé aucune condition de forme ni de publicité. Les deux associés, qui traitaient chacun des affaires différentes, vinrent exercer leur activité en Indochine où l'un d'eux fut déclaré en faillite. Le syndic de faillite, conformément aux règles du droit anglais sur les « partnership » voulut mettre en cause la responsabilité solidaire de l'autre associé. La Cour d'Appel de Saïgon lui donna gain de cause. L'associé dont la responsabilité solidaire se trouvait ainsi mise en jeu se pourvut en cassation en invoquant la territorialité de la loi française. Le contrat qu'il avait passé avait été exécuté en Indochine et devait être soumis à la loi française. Or l'application de cette loi conduisait à le considérer

21. — (3) Clunet, 1924, p. 429.

21. — (4) Cass. Req. 26 Août 1940, Recueil Penant, 1re partie, 1945, p. 59, avec les observations de M. Dureteste.

Il est curieux de remarquer que, dans l'espèce envisagée, l'application de la territorialité de la loi française aurait conduit au même résultat relativement à la reconnaissance de la responsabilité solidaire de l'associé qui avait formé le pourvoi. En effet, le groupement ne pouvait être considéré comme une association en participation, car il n'avait pas fonctionné d'une façon occulte. Au contraire, des actes de plusieurs de ses membres qui n'avaient pas dissimulé leur qualité d'associé en avaient révélé l'existence aux tiers. Dans ces conditions, si l'on admettait l'application de la loi française, il fallait le considérer comme une société en nom collectif irrégulière parce que non publiée et le liquider suivant les règles des sociétés de fait frappées d'un vice de forme, et admettre par conséquent la responsabilité solidaire des associés.

comme une association en participation et à l'exonérer, lui, associé en participation, de toute responsabilité.

La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la Cour de Saïgon et a rejeté le pourvoi en se fondant sur l'idée d'autonomie de la volonté. Elle a déduit, du fait que les deux associés étaient Indous, donc sujets Britanniques, qu'ils avaient passé leur contrat aux Indes et n'avaient fait aucune publicité au lieu d'exécution, leur volonté de soumettre leur contrat à leur loi personnelle, c'est-à-dire à la loi anglaise. Dans le silence des contractants, elle a donc recherché des indices de leur volonté, et c'est sur leur volonté présumée qu'elle a fondé sa solution.

La jurisprudence française semble donc admettre l'autonomie de la volonté pour les groupements sans personnalité morale. En ce faisant, elle s'écarte de la résolution de l'Institut de droit international qui, dans son article 5 (5) disposait : « Les sociétés n'ayant pas la personnalité morale sont régies par la loi du pays où elles sont constituées ». En adoptant cette solution, l'Institut de Droit International semble écarter toute idée d'autonomie de la solution des conflits de lois relatifs aux groupements sans personnalité morale. En réalité il n'en est rien. Le système du lieu de constitution apparaît comme une variante du système de l'autonomie de la volonté, car il aboutit au même résultat, à savoir une option laissée aux fondateurs, non plus entre divers éléments de rattachement, mais entre divers pays dans lesquels ils peuvent localiser un élément unique : la constitution de la société. C'est pourquoi, comme nous allons le voir, la loi du lieu de constitution de la société présente les mêmes avantages que la loi d'autonomie, mais elle se heurte également aux mêmes critiques décisives.

Section II

LA LOI DU LIEU DE CONSTITUTION

22. — Il peut paraître osé de prétendre, comme nous le faisons que la prise en considération de la loi du lieu de constitution en tant que loi applicable à la société aboutit à des résultats analogues au système de l'autonomie de la volonté. En effet, à première vue, un tel système apparaît comme une fixation impérative d'une loi déterminée qui ne laisse aucune latitude aux fondateurs. Mais

21. — (5) Résolution de l'Institut de Droit International, session de New-York, 1929, Annuaire de l'Institut de Droit International, t. 32, note 2, p. 301. Pour les sociétés dotées de la personnalité morale, l'Institut de Droit International dans la même résolution préconisait l'application de la loi du siège social statutaire.

pratiquement, comme les fondateurs peuvent constituer leur société dans n'importe quel pays de leur choix, la situation sera exactement la même que si l'on appliquait la loi d'autonomie. La seule différence sera que les fondateurs seront obligés de se déplacer pour aller constituer leur société dans le pays dont ils désirent appliquer la loi.

Toutefois, plusieurs auteurs pensent que la désignation du lieu de constitution de la société n'est pas laissée au libre choix des fondateurs parce que le pays de constitution coïnciderait nécessairement avec le pays de son siège social (1). Les fondateurs seraient obligés de fixer le siège social dans le pays où la société se constitue. M. Niboyet invoque en faveur de cette affirmation les formalités de publicité auxquelles la société est assujettie, formalités qui doivent s'effectuer au lieu du siège social. Nous ne pensons pas, pour notre part, qu'une semblable coïncidence présente un caractère de nécessité aussi impératif. Sans doute, il faut reconnaître que dans la presque totalité des cas le lieu de constitution de la société et le siège social coïncident, mais on pourrait parfaitement envisager des hypothèses dans lesquelles ils ne seraient pas réunis dans un seul et même pays. Et si l'on admettait que le statut des sociétés est soumis à la loi du lieu de constitution, nous ne voyons pas quelle règle de droit pourrait empêcher des associés d'aller constituer à Bruxelles une société soumise à la loi Belge et de fixer en France le siège social de cette société, sauf à lui donner en France une publicité conforme aux exigences de la loi française (cette dernière exigence dépendant d'ailleurs des règles de publicité qui cadreraient avec un tel critère). C'est la raison pour laquelle nous estimons que la loi du lieu de constitution conduit à une application détournée du système de l'autonomie de la volonté et se heurte aux mêmes obstacles que la loi d'autonomie.

Toutefois, les partisans de la loi du lieu de constitution de la société ne l'ont jamais envisagée comme une loi supplétive au cas de silence des associés, mais plutôt comme une loi impérative et ont invoqué en sa faveur des arguments nouveaux.

Pillet prétendait que seule la loi du lieu de constitution pouvait régir le statut de la société parce que seul le législateur du pays dans lequel la société se constitue peut lui conférer la personnalité morale et que l'on ne peut concevoir que le statut juridique de l'être moral soit soumis à une loi différente de celle qui lui a donné naissance (2).

22. — (1) NIBOYET : *Cours de Dr. Intern. privé.* SIREY 1947, p. 250. PLAISANT : *Les règles de conflit de lois dans les Traités.* Thèse Paris 1945, p. 290

22. — (2) PILLET : *Des personnes morales en Droit International Privé,* p. 3 et 128.

Cet argument repose à notre avis sur une confusion entre le pouvoir théorique que possède chaque Etat de conférer la personnalité morale, pouvoir qui dépasse le cadre des frontières et le pouvoir d'assurer la protection du droit ainsi accordé, pouvoir qui est restreint au territoire sur lequel l'Etat exerce sa souveraineté. Sans doute seule la loi du lieu de constitution pourra se faire respecter en ce lieu, car il est situé dans son domaine d'application territorial. Par contre, la loi à laquelle ou soumet la société possède quel que soit le critère de rattachement adopté le pouvoir théorique de lui conférer la personnalité morale dès lors que cette société remplit les conditions de validité qu'elle a posées. Si l'on admet comme Pillet que la loi n'est capable de créer une personne morale que dans les limites de sa compétence territoriale, on devrait conclure logiquement que la société meurt dès qu'elle dépasse les limites de la compétence territoriale de sa loi originaire, ce qui ne cadre pas du tout avec les besoins du commerce international et empêcherait les sociétés d'effectuer commodément des opérations en dehors de l'Etat sur le territoire duquel elles se sont constituées.

Cette confusion semble résulter de la part trop grande accordée à la notion de souveraineté. Certes, la souveraineté est à la base des conflits de lois interétatiques, mais elle affecte surtout les mesures d'exécution. Ainsi, la loi française possède l'aptitude théorique de conférer la personnalité morale, même en dehors des territoires soumis à la souveraineté de l'Etat français, à toute société qui se constitue conformément à ses prescriptions et qui se réclame de sa compétence législative. Sans doute la création d'une telle société ne sera effective sur le territoire de l'Etat étranger que si ce dernier veut bien la reconnaître, mais, même au cas de refus de cet Etat, le pouvoir théorique de la loi française ne se trouvera pas affecté, seule son exécution se trouvera entravée.

23. — On a parfois invoqué également en faveur de l'application de la loi du lieu de constitution dans les conflits de lois relatifs aux sociétés la règle « Locus regit actum ». C'était la thèse soutenue par les demandeurs au pourvoi dans une instance Ospina contre Ribon dans laquelle la Chambre des Requêtes eut à statuer le 17 juillet 1899 (1).

23. — (1) Cass. Req. 17 juillet 1899. D. 1904.1.225 note Pic. Le demandeur au pourvoi demandait l'annulation d'une sentence arbitrale intervenue en France entre les associés d'après la loi étrangère, loi du siège social de la société en invoquant l'application de la règle « Locus regit actum ». La Cour de Cassation rejeta le pourvoi et admit la compétence législative de la loi du lieu du siège social et non de celle du lieu de rédaction de l'acte, pour régir toutes les contestations entre associés.

Cette thèse méconnaît profondément le domaine d'application et la portée de la règle « Locus regit actum ». En effet, contrairement à ce que pourrait laisser croire la généralité même de sa formule, la règle « Locus regit actum » ne possède qu'un champ d'application relativement restreint. Elle ne concerne que les formes extrinsèques de l'acte auquel elle s'applique. Par contre lorsque l'on recherche la loi applicable aux conditions intrinsèques de validité d'un acte juridique quelconque, aux effets de cet acte, on est en dehors du champ d'application de la règle. Toutefois, cette première proposition qui écarte la loi du lieu de constitution de la détermination des conditions de fond de l'acte de société pourrait faire croire que, par contre, cette loi s'impose à toutes les conditions de forme, à peine de violation de la règle « Locus regit actum ».

Il en serait ainsi si la règle avait conservé le fondement que la jurisprudence lui avait originairement attribué, fondement qui entraînait son caractère impératif. La jurisprudence en effet, depuis le début du XIX^{e} siècle fondait la règle « Locus regit actum » sur l'idée de police civile des règles de forme et, voyant dans la loi du lieu de rédaction de l'acte une loi de police et de sûreté en concluait tout naturellement à son caractère territorial et obligatoire, depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 9 mars 1853 rendu dans l'affaire Browning (2).

Mais le caractère impératif de la règle fut très critiqué en doctrine et conduisit les auteurs sous la direction de Lainé à attaquer très vivement la position jurisprudentielle (3). Cette offensive doctrinale devait être couronnée de succès puisque la Chambre Civile dans un arrêt du 20 juillet 1909 rendu dans l'affaire Vidit c/ Gesling abandonnait le fondement traditionnel et voyait dans le principe « Locus regit actum » une simple règle facultative (4).

Cette jurisprudence qui depuis 1909 ne s'est pas démentie un seul instant permet d'affirmer aujourd'hui, avec de nombreux auteurs que la règle « Locus regit actum » est surtout destinée à faciliter le commerce international et que, par conséquent, elle est une simple faculté offerte aux parties de soumettre les formes de l'acte à la loi du pays dans lequel il est passé. Donc même si l'on admettait l'application de la règle « Locus regit actum » dans les

23. — (2) S. 1853.1.274 V. dans le même sens Cass. Civ. 24 août 1880, Clunet 180, p. 480. Cass. Civ. 14 juin 1889, Clunet 1889, p. 804.

23. — (3) Sur l'évolution de la jurisprudence et en faveur du caractère facultatif de la règle, V. J. Donnedieu de Vabre. *L'évolution de la Jurisprudence Française en matière de conflit de lois,* thèse, Paris 1937.

23. — (4) Clunet 1909.1097.

conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales, sa compétence ne s'étendrait pas au-delà des formes de l'acte de société et elle serait simplement facultative pour les fondateurs. Mais, même ainsi ramenée à des propostions plus restreintes, il ne nous semble pas que l'application de la règle « Locus regit actum » soit souhaitable en matière de sociétés. En effet, d'une part en consacrant une solution différente pour les règles de fond et les règles de forme, on briserait l'unité de compétence législative qui doit régir la société et l'on risquerait de juxtaposer deux systèmes qui ne cadreraient pas ensemble. D'autre part, ce système dualiste supposerait une qualification préalable permettant de faire rentrer les diverses formalités de constitution des sociétés dans la catégorie des conditions de fond ou dans celle des règles de forme. Or, cette qualification risquerait d'être parfois singulièrement délicate. Les règles de publicité par exemple peuvent être considérées comme de simples conditions de forme ou de preuve, mais comme leur inobservation est susceptible d'entraîner la nullité de la société, on ne peut nier qu'elles exercent une incidence qui n'est pas négligeable sur le fond. Dans ces conditions, à quelle loi les soumettre ? (5).

Ainsi l'adoption de la règle « Locus regit actum » même limitée aux conditions de forme et présentant un caractère simplement facultatif risquerait d'apporter une complexité nouvelle. D'ailleurs quelle que soit la justification sur laquelle on essaie d'étayer l'application de la loi du lieu de constitution de la société, elle ne peut donner de résultats satisfaisants, car le seul fait de passer dans un pays l'acte constitutif d'une société ne crée entre la société et l'Etat qu'un lien ténu et éphémère qui ne saurait suffire à justifier la compétence législative de cet Etat.

24. — La jurisprudence Française n'a jamais vu dans le lieu de constitution de la société d'élément déterminant servant de base à la loi applicable. Toutefois, si elle ne lui accorde pas un rôle prépondérant, la jurisprudence ne le délaisse pas non plus totalement et, le plus souvent elle tient compte du lieu de constitution de la société en le considérant comme un indice qui, joint à d'autres éléments de rattachement peut permettre de déterminer le pays dont la société doit suivre la législation. Notamment lorsque le siège social a été fixé au lieu de constitution la jurisprudence tient compte de cette concordance pour en conclure à la réalité du siège social (1).

23. — (5) Cf. infra n° 168.

24. — (1) La Cour de Cassation dans un arrêt du 29 mars 1898 (Clunet 1898 p. 746) disposait que l'on doit considérer comme française une société qui, formée en France, y a son siège social, alors même qu'elle a pour objet l'exploitation d'un bien situé à l'étranger. Une telle société est soumise aux

Certaines décisions de jurisprudence étrangère ont donné au lieu de constitution une importance à peu près équivalente (2). Le projet de l'International law Association est également favorable à la loi du lieu de constitution, puisqu'il se fonde pour déterminer le critère de rattachement sur l' « incorporation » c'est-à-dire sur les formalités de publicité qui sont nécessaires pour bénéficier de la personnalité morale (3).

Mais là se bornent les succès remportés en ce domaine par la loi du lieu de constitution de la société. Un autre critère très voisin n'a recueilli que de rares suffrages, mais peut toutefois se recommander de la haute autorité de Thaller (4). C'est celui qui consisterait à soumettre la société à la loi du lieu où les actions ont été émises et le capital social constitué. Cette théorie ne semble pas satisfaisante. Elle présente sans doute l'avantage de fixer un critère de compétence législative qui est moins dépendant de la volonté des fondateurs que la loi du lieu de constitution, car le lieu d'émission et de souscription des actions sera fonction non seulement de la volonté des fondateurs, mais aussi de la personnalité des souscripteurs. Toutefois, cette supériorité est compensée par des inconvénients qui empêchent ce système d'être viable. En effet, l'émission des actions constitue une phase importante de la constitution de la société, mais elle n'est pas la seule. Dans ces conditions, il est arbitraire de lui donner la préférence et de la choisir plutôt qu'une autre. D'autre part, le lieu d'émission et de souscription des actions pourra ne pas être unique. Que décider au cas où il y aura plusieurs lieux d'émission dans divers pays ? On répondra qu'il faudra s'attacher à l'émission la plus importante.

lois françaises quant aux effets juridiques du lien de droit formé entre les contractants, alors surtout que l'adoption du régime légal français a fait l'objet d'une disposition des statuts. V. dans le même sens : Trib. Civ. Seine 17 juillet 1897, Clunet 1898 p. 341; Trib. Comm. Seine 24 octobre 1895, Clunet 1896 p. 138; Trib. Civ. Seine 7 novembre 1894, Clunet 1895 p. 93; Cass. 20 juin 1870, S.1870.1.373.

24. — (2) V. en ce sens Trib. Commerce Bruxelles 14 janvier 1892, Clunet 1893 p. 1245; Cour d'Appel de Liège 20 févr. 1901, Clunet 1902 p. 880; Trib. Commerce Bruxelles 2 mars 1901, Clunet 1902 p. 883; Cour d'Appel mixte d'Alexandrie 4 nov. 1891; Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptienne 1er déc. 1891, Clunet 1892 p. 510.

24. — (3) Projet de l'International law Association : 1°) Toute société régulièrement « incorporée » dans un pays sera reconnue dans les autres pays comme si elle avait été « incorporée » dans ces pays eux-mêmes. 2°) Une société étrangère sera considérée comme domiciliée dans le pays où elle a été « incorporée ».

24. — (4) THALLER. *Annales de Droit Commercial* 1890, p. 264. C'est ce système fondant la détermination de la loi applicable à la société sur le lieu d'émission des actions et de constitution du capital social qui a été adopté, en 1889, par le Congrès International des Sociétés. Cf. Actes du Congrès International des Sociétés de 1889.

Mais on peut concevoir qu'il y ait dans deux pays différents des émissions d'importance à peu près égale. Dans ce cas, le critère de Thaller ne permet pas de choisir entre eux et de donner compétence à une loi unique. Cette inaptitude nous semble suffisante pour le condamner.

On peut donc dire que d'une façon générale, les critères fondés sur la notion de contrat ne sauraient servir de fondement rationnel à la compétence législative, car, s'ils permettent d'assurer l'unité et la continuité du statut juridique de la société, ils cadrent mal avec le caractère impératif du droit des sociétés et favorisent la fraude des fondateurs en même temps qu'ils risquent de léser gravement les intérêts des tiers.

Aussi, faut-il rechercher la solution dans la compétence d'une loi impérative. Deux groupes de critères peuvent invoquer une aptitude théorique à la déterminer : ceux fondés sur la personnalité des associés et des dirigeants sociaux et ceux reposant sur la personnalité morale de la société.

CHAPITRE II

LES CRITÈRES FONDÉS SUR LA PERSONNALITÉ DES ASSOCIÉS ET DES DIRIGEANTS SOCIAUX

25. — Il peut paraître paradoxal de songer à faire appel à la personnalité des associés et des dirigeants sociaux pour déterminer la loi de la société. En effet, l'analyse du concept de société révèle l'existence d'une dualité d'éléments : le contrat et la personnalité morale et il semble vain de chercher en dehors d'eux la solution du problème de compétence législative.

Or, on voit assez mal comment la loi nationale des associés et des dirigeants sociaux peut s'appuyer, pour fonder son aptitude théorique à régir la société sur l'un ou l'autre des deux éléments constitutifs de cette dernière. En effet, si l'on prend en considération la personnalité morale, on est tenté d'admettre que la société est un être moral doté d'une personnalité distincte de celle de ses membres dont la loi doit être déterminée indépendamment de celle des associés.

Si l'on accorde la primauté à la notion de contrat, on est conduit, comme nous l'avons vu, à affirmer la compétence de la loi d'autonomie ou de la loi du lieu de constitution. La loi nationale des associés ne possède en matière contractuelle qu'un domaine des plus restreints, son rôle se bornant le plus souvent à régir la capacité des contractants.

Cependant, elle est susceptible d'avoir dans le droit des contrats une influence beaucoup plus considérable lorsque toutes les parties possèdent la même nationalité. En effet, la jurisprudence de plusieurs pays étrangers n'hésite pas à affirmer qu'un tel contrat doit être soumis à la loi nationale commune (1).

25. — (1) C'est surtout dans la jurisprudence allemande que la loi nationale commune exerce un rôle déterminant. Le Reichsgericht a à plusieurs reprises affirmé sa compétence. Cf. Reichsgericht, 27 octobre 1904 (Hanseatische Gerichtszeitung, 1905, p. 57); 4 avril 1908 (Enscheidungen 68, p. 293); 22 mars 1923 (Recht. 1923, n. 1924); 19 mai 1927 (Die deustche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrecht 1926-27, n. 37); 27 janvier 1928 (Enscheidungen 120 p. 70); 13 novembre 1929 (Z. für int. Recht 43, 90). Cette position très ferme de la jurisprudence allemande repose sur le désir d'éviter le morcellement du contrat et aussi sur l'affirmation de l'universalité des effets du lien de nationalité. La loi nationale commune a fait également une appa-

On a parfois prêté à la jurisprudence française une opinion analogue. Cette interprétation reposait sur l'affirmation donnée par la Cour de Cassation dans plusieurs de ses arrêts qu'en présence d'un contrat conclu entre plusieurs personnes de nationalités différentes, il fallait appliquer soit la loi du lieu de conclusion, soit la loi du lieu de conclusion et d'exécution du contrat (2). On en a déduit *a contrario* que la loi nationale étant écartée seulement lorsque les parties étaient de nationalités différentes, sa compétence devait au contraire subsister au cas de nationalité commune des contractants.

Ce raisonnement est spécieux, car l'on ne trouve pas dans la jurisprudence française (3), tout au moins dans les décisions de Cassation et d'Appel (4), l'affirmation de la compétence de la loi nationale commune. Aussi doit-elle, à notre avis, être rejetée (5).

Toutefois, l'incertitude qui a régné longtemps sur ce point montre que l'on aurait pu trouver dans la prétendue application de la loi nationale commune en matière contractuelle une justification à la compétence de la loi nationale des associés en matière de sociétés.

Or, il est curieux de constater que les rares partisans de la loi nationale des associés n'ont pas invoqué à l'appui de leur thèse l'analogie qu'ils pouvaient relever entre le droit des sociétés et celui des contrats, et qu'ils ont cherché ailleurs la justification de sa compétence.

rition plus timide dans la jurisprudence italienne. Cf. Cour d'Appel Milan, 23 avril 1927 (Revista di diritto internazionale 1928 p. 110); Cour d'Appel de Turin, 6 avril 1934 (Revista di diritto internazionale 1935 p. 416). Par contre la juridiction anglo-saxonne écarte la loi nationale commune. Cf. les décisions citées par Beale : Conflict of laws, pp. 1111 note 7 et 1112 note 3).

25. — (2) Cf. en faveur de la loi du lieu de conclusion du contrat : Cass. Civ. 5 déc. 1910 (S. 1911.1.129 ; Revue de Droit International 1911 p. 395 ; Clunet 1912 p. 1156); Cass. Req. 28 déc. 1936 (D.H. 1937 p. 114. Revue de Droit International 1937 p. 682) et en faveur de la loi du lieu de conclusion et du lieu d'exécution du contrat au cas de coïncidence entre eux : Cass. Civ. 31 mai 1932 (D.P. 1933.1.169 note Crémieux. S. 19331.117 note Niboyet. Revue de Droit International 1934 p. 909. Clunet 1933 p. 347).

25. — (3) Au contraire de nombreux arrêts de Cassation et d'Appel affirment la compétence de la loi du lieu de conclusion et d'exécution, même au cas de nationalité commune des parties. Cass. Civ. 21 déc. 1874 (S. 1875.1.78), Bordeaux 22 août 1865 (D.P. 1865.2.223; S. 1866.2.217); Grenoble 13 juillet 1872 (S. 1875.1.78); Paris 9 février 1931 (D.P. 1931.2.33 note Lerebours-Pigeonnière; S. 1931. 2.145, note Audinet); Colmar 21 octobre 1932 (Rev. d'Alsace-Lorraine 1933 p. 209).

25. — (4) Cf. en effet en faveur de l'application de la loi nationale commune. Trib. Dreux 22 juillet 1925 (Clunet 1926 p. 643). Il s'agissait d'un contrat conclu en Angleterre par deux Français. Le Trib. de Dreux justifie la compétence de la loi française en faisant valoir que l'un des deux contractants ne connaissait pas la loi anglaise.

25. — (5) Cf. en ce sens BATIFFOL, *op. cit.* n° 108 p. 95-96 et 111 p. 98-99.

Ils ont cru la trouver dans une analyse très spéciale de la société reposant en réalité sur une négation totale de la personnalité morale. La société ne serait qu'un agrégat d'individus, que la somme des associés. Dans ces conditions, pourquoi son statut juridique ne serait-il pas la résultante des statuts personnels des associés et ne serait-il pas en conséquence soumis à la loi nationale de ceux-ci ?

C'est en fonction de ces deux idées, analogie avec le droit des contrats et négation de la personnalité morale, que l'on peut chercher à justifier la compétence éventuelle de la loi de l'unanimité dont il faudra tout d'abord apprécier la valeur.

Mais il apparaît immédiatement que le domaine d'application de la loi de l'unanimité est des plus restreint puisqu'il suppose que tous les associés ont la même nationalité.

Ne peut-on, dans ces conditions, chercher à lui substituer une conception plus générale parce que plus souple, reposant non plus sur la négation de la personnalité morale, mais sur son atténuation et aboutissant à la compétence de la loi de la majorité ?

En d'autres termes, est-il possible de faire application en matière de conflits de lois du système du contrôle dont la vogue sur le terrain de la jouissance des droits a précédé et accompagné la tendance qui se manifeste en droit interne en faveur de la réapparition de l'*intuitus personæ* dans les sociétés de capitaux ? C'est l'opportunité de cette application que l'étude de la loi de la majorité permettra d'apprécier.

Section I

LA LOI DE L'UNANIMITÉ

26. — Poussée à l'extrême, l'application de la loi nationale des associés à la société implique nécessairement la négation de la personnalité morale ou, tout au moins, conduit à ravaler la personne morale au rang d'une pure fiction. La société ne serait pas autre chose que la somme de ses membres et par conséquent son statut serait celui de *tous* les associés. Fort peu d'auteurs ont osé s'aventurer aussi loin à raison des conséquences que produit une conception aussi extrêmiste. M. de Vareilles-Sommières est l'auteur dont les idées s'en rapprochent le plus (1). Pour lui, la personne morale n'est qu'un résumé et une représentation des associés qui ne sont fondus en un seul être que par le jeu de l'imagination ; elle n'est

26. — (1) DE VAREILLES-SOMMIÈRES : *Les personnes morales*, 2e édition n° 1503.

qu'un procédé intellectuel, qu'une image dans notre cerveau ; en conséquence, elle n'a pas d'autre nationalité que celle de ses membres ou plutôt elle n'a pas de nationalité. On a parfois interprété cette doctrine de de Vareilles-Sommières comme l'affirmation que le statut juridique de la société est soumis à la loi nationale de ses membres. En réalité, une telle interprétation ne semble pas justifiée.

Elle cadre tout d'abord assez mal avec les conceptions territorialistes de de Vareilles-Sommières (2) qui doivent avoir pour conséquence logique de sacrifier la loi nationale à celle du domicile. Elle pourrait cependant s'expliquer si l'on songe à l'époque à laquelle de Vareilles-Sommières a publié ses ouvrages. Il écrivait, en effet, à l'époque où la doctrine de Mancini prônant la prééminence de la loi nationale connaissait une vogue considérable dans tous les pays de l'ouest de l'Europe et commençait à faire sentir ses effets en France. On pourrait dès lors supposer que, bien que territorialiste et adversaire acharné de la doctrine de Mancini, de Vareilles-Sommières en a, sur certains points, subi l'influence. Mais cette supposition est toute gratuite, car l'opposition très vive qu'il a rencontrée dans la doctrine de Mancini, loin d'avoir amené de Vareilles-Sommières à reviser ses conceptions pour les rapprocher de celles de l'Ecole Italienne, semble avoir, au contraire, exacerbé son territorialisme.

D'autre part, la théorie de de Vareilles-Sommières ne contient pas en elle-même l'affirmation explicite de la compétence de la loi nationale des associés.

En effet, la négation de la nationalité d'une société n'implique pas nécessairement le rejet de tout autre concept constituant un lien entre la société et l'Etat, et même si de Vareilles-Sommières nie la possibilité de tout lien de nature objective pour n'admettre que l'existence d'un lien subjectif, c'est-à-dire fondé sur la personnalité des associés, c'est parce qu'il a envisagé le problème, sans le dire explicitement, plus sous l'angle de la jouissance des droits que sous celui des conflits des lois, bien qu'à cette époque les problèmes de condition des étrangers relatifs aux sociétés n'aient pas pris l'extension que leur a conférée ultérieurement la guerre de 1914-1918.

Sur le terrain de la jouissance des droits, l'utilisation par de Vareilles-Sommières de la personnalité des associés comme critère de détermination de l'allégeance de la société cadre d'ailleurs parfaitement avec les conceptions de cet auteur. En effet, territorialiste, de Vareilles-Sommières était également nationaliste. Or, la prise en

26. — (2) Cf. DE VALEILLES-SOMMIÈRES : *Synthèse du droit international privé.*

considération de la personnalité des associés est un moyen de défense de l'Etat qui lui permet d'éviter que des sociétés étrangères puissent, en revêtant l'apparence de sociétés françaises, bénéficier du traitement préférentiel accordé à ces dernières. Certes, à l'époque où de Vareilles-Sommières écrivait, les problèmes de jouissance des droits ne présentaient pas l'importance qu'ils ont prise par la suite. Le grand mérite de de Vareilles-Sommières est de les avoir devinés et d'avoir été sur ce point un précurseur.

Quoi qu'il en soit, le système de de Vareilles-Sommières semble limité aux problèmes de jouissance des droits, et il serait vain de chercher à lui faire produire des conséquences en matière de conflits des lois.

De même, on ne peut présenter à l'appui du critère fondé sur la nationalité des associés le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 26 mai 1884, rendu dans l'affaire de la société en nom collectif Kilgour et Cie parce que, dans cette décision refusant à la société Kilgour, composée uniquement d'étrangers, la jouissance d'un statut différent de celui de ses membres, le Tribunal de la Seine avait à statuer sur le point de savoir si la société devait la caution *judicatum solvi*. L'espèce était donc relative à une question de jouissance des droits (2).

27. — Les rares précédents que l'on pouvait invoquer en faveur de cette conception étant ainsi rejetés, on peut en conclure que ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont jamais pensé à la prendre sérieusement en considération. Leur hostilité s'explique par les inconvénients auxquels elle conduit, inconvénients qui la rendent non viable.

En effet, pour que le statut de la société apparaisse comme la résultante de la nationalité de tous les associés, il faut nécessairement que tous aient la même nationalité. Or, cette concordance sera purement accidentelle et, précisément, c'est le plus souvent dans l'hypothèse où les divers associés seront les ressortissants d'Etats différents que le problème de la loi applicable à la société se posera de la façon la plus épineuse.

26. — (3) S. 1888.2.91 note Chavegrin. Les motifs du jugement seraient cependant susceptibles de lui faire attribuer une portée plus générale : « Attendu que, bien qu'une société constitue un être moral différent des associés qui l'ont formée, il ne peut s'ensuivre qu'elle soit en droit une personne jouissant d'un *statut* différent de celui des membres qui la composent, que Kilgour et tous les associés sont étrangers ». Il ne faut pas se laisser abuser par l'expression statut, car il ne semble pas que le tribunal ait entendu cette expression dans le sens que nous lui attribuons. Le statut serait au contraire dans cette décision l'ensemble des droits et des obligations de la société. C'est du moins ce que l'on peut déduire si l'on examine la décision à la lumière des circonstances de la cause.

Lorsque tous les associés sont de la même nationalité, cette conception est le plus souvent inutile ; en effet, si la nationalité de tous les associés concorde, il y a bien des chances pour qu'il y ait d'autres liens qui rattachent la société à leur pays commun. Il faudrait pour qu'il en soit autrement envisager l'hypothèse, au demeurant exceptionnelle, où plusieurs Français expatriés dans un pays étranger y fondent une société dont ils seraient les seuls membres. Et même dans cette hypothèse, il est fort douteux que les fondateurs français aient intérêt à soumettre leur société à la loi française. Ils auront tout intérêt au contraire à ce que leur société soit régie par la loi du pays dans lequel elle fonctionnera en fait afin de faciliter ses relations avec les tiers. D'autre part, il pourrait être dangereux pour l'Etat étranger d'admettre la compétence de la loi française.

D'ailleurs, même si l'on admettait dans cette hypothèse que, pour des raisons de patriotisme, des Français fondant une société dans un pays étranger souhaitent se conformer à la loi française, l'application de la loi nationale des associés ne permettrait d'assurer la continuité du statut juridique de la société que dans la mesure où aucun changement d'associés introduisant dans la société des personnes de nationalité différente n'interviendrait ultérieurement. Elle ne serait donc satisfaisante que si les associés s'engageaient à ne pas céder dans l'avenir leurs actions ou leurs parts d'intérêts à des personnes de nationalité différente.

28. — On peut donc faire au critère fondé sur la nationalité des associés un premier reproche, celui de n'être applicable que dans le cas où la nationalité de tous les associés est la même. Cette concordance qui pourra être relativement fréquente dans les sociétés de personnes le sera beaucoup moins dans les sociétés de capitaux, et pour ces dernières il est impossible d'adopter la nationalité des associés en tant que mode de détermination de la loi applicable. Mais n'est-il pas possible de faire une discrimination entre sociétés de personnes et de capitaux et, tout en rejetant l'application de cette loi aux secondes, de l'admettre pour les premières ?

Plusieurs arguments peuvent être invoqués en faveur d'une telle discrimination :

Dans les sociétés de personnes, l'*intuitus personæ* joue un rôle considérable ; la société ne constitue pas une façade suffisante pour recouvrir la personnalité des associés ; dans ces conditions, le lien qui unit la société au pays dont tous ses membres sont nationaux est très étroit et c'est lui qui servira de base à l'orientation de l'activité de la société. D'autre part, la société n'étant que la somme des associés, on peut dire que son statut doit être régi par la loi à

laquelle sont soumis les statuts de tous ses membres. Il apparaîtrait anormal qu'alors que chacun des membres agissant séparément serait soumis à une loi qui est la même pour tous, les associés une fois réunis soient régis par une loi différente. Enfin, le reproche que l'on peut faire à cette loi, à savoir son manque de permanence, est très atténué dans les sociétés de personnes, dans lesquelles les mouvements d'associés sont beaucoup plus difficiles que dans les sociétés de capitaux, les parts n'étant pas négociables et leur cession étant subordonnée en principe à l'accord de tous les associés.

Ces arguments, sans être dénués de toute valeur, ne semblent pas néanmoins absolument convaincants. Tout d'abord il est souhaitable d'arriver à un critère général de détermination de la loi applicable, critère qui puisse être d'une application satisfaisante au moins pour toutes les sociétés de personnes et pas seulement pour celles d'entre elles qui ont tous leurs associés de même nationalité. Sans doute, il est incontestable que dans les sociétés de personnes l'*intuitus personæ* joue un rôle plus considérable que dans les sociétés de capitaux, mais il n'en demeure pas moins qu'au point de vue juridique le droit français accorde la personnalité morale à toutes les sociétés sans faire de distinction entre elles. La reconnaissance de la personnalité morale implique que la société, si elle n'est pas complètement détachée de la personne de ses membres, est quand même autre chose que la somme de ceux-ci et qu'en tous cas elle est une somme distincte et dans une large mesure indépendante de chacun des associés. Le contraire ne serait vrai qu'en l'absence de toute personnalité morale, et c'est pourquoi nous n'envisageons comme domaine d'application possible d'un tel critère que le cas d'une association en participation dont tous les membres seraient ressortissants d'un même pays. La personnalité morale des sociétés de personnes écarte la nécessité d'une concordance entre le statut de la société et celui de chacun de ses membres lorsque ce statut est le même pour tous. D'ailleurs, il faut remarquer que l'application à la société de la loi nationale des associés n'entraînerait pas nécessairement cette concordance. Elle ne l'entraînerait que dans le cas où la capacité des associés est régie par leur loi nationale. Or, si cette solution est adoptée en France, elle ne l'est pas d'une façon générale dans tous les pays. C'est ainsi que les pays Anglo-Saxons et Sud-Américains soumettent l'état et la capacité des personnes physiques à la loi du domicile. Dans ces conditions, appliquer à une société en nom collectif composée uniquement d'Anglais domiciliés en France la loi anglaise, loi nationale de tous les associés, conduira à doter la société d'un statut soumis à une loi différente de celle qui régit l'état et la capacité de

tous ses membres. La concordance entre les deux statuts est donc purement accidentelle et ne saurait résulter nécessairement de l'application à la société de la loi nationale des associés.

D'ailleurs, nous le répétons, l'absence de concordance dans les lois applicables n'a rien de choquant. La situation n'a rien de commun avec celle qui se présente en matière de jouissance des droits. Il peut, en effet, paraître injuste que plusieurs personnes qui ne jouiraient pas d'un droit si elles étaient isolées puissent du fait de la constitution d'une société bénéficier d'une situation préférentielle. Au contraire, le fait que la société soit soumise à une loi différente de celle qui régit l'état et la capacité des associés ne lui conférera aucun privilège, du moins en France, car la loi française sur les sociétés est l'une des plus strictes que l'on puisse rencontrer. D'ailleurs, si la nationalité de tous les associés peut constituer un lien très fort susceptible de déterminer l'orientation de l'entreprise, le statut de la société est un élément tout à fait indépendant de cette orientation. La loi qui régira la société doit être telle qu'elle permette à celle-ci de s'adapter avec la plus grande facilité possible au milieu dans lequel elle est appelée à fonctionner. Or, la loi nationale des associés ne semble pas susceptible de donner satisfaction sur ce point et de répondre à cette exigence.

D'autre part, même si elle constitue à un moment donné un lien sentimental très fort, la loi nationale des associés ne présente pas, même dans les sociétés de personnes, un caractère de permanence suffisant pour assurer l'unité dans le temps du statut juridique de la société. Les changements d'associés sont dans les sociétés de personnes moins fréquents que dans les sociétés de capitaux parce que plus difficiles ; il n'en résulte pas qu'ils soient entièrement proscrits. Un des associés désireux de se retirer de la société peut trouver pour le remplacer un capitaliste étranger dont l'entrée dans la société aura pour effet d'entraîner un changement de statut, ce qui risquera d'avoir pour conséquence le refus des autres associés de se prêter à l'immixtion de cet étranger et de paralyser par là même la cession des parts d'intérêts si l'associé sortant ne trouve pas d'autre acheteur de ses parts.

Dans les sociétés en nom collectif, l'application de la loi nationale des associés pourra, d'autre part, avoir pour conséquence d'empêcher, dans certaines hypothèses rares mais possibles, le jeu de la clause de continuation de la société avec les héritiers d'un associé décédé. Il suffira, en effet, que l'héritier en question soit devenu étranger parce qu'il s'est fait naturaliser ou parce qu'il s'agit d'une femme qui a acquis la nationalité étrangère de son mari pour que le jeu de la clause entraîne un bouleversement dans le statut de la société.

Pour ces différentes raisons, l'application de la loi nationale de tous les associés n'apparaît pas susceptible de constituer une solution satisfaisante. La théorie n'étant pas viable sous forme absolue, on a cherché à lui donner une forme atténuée en considérant non plus la nationalité de tous les associés, mais celle de la majorité d'entre eux : c'est la théorie qui soumet le statut de la société à la loi de la majorité.

Section II

LA LOI DE LA MAJORITÉ

29. — Les inconvénients du critère fondé sur la nationalité de tous les associés, inconvénients dont le principal était l'impossibilité d'appliquer un tel critère aux sociétés dont les membres n'avaient pas tous la même nationalité, peuvent inciter à prendre en considération non plus la totalité des associés ,mais la majorité d'entre eux, soit majorité numérique, soit majorité représentant la plus grande partie du capital social, soit majorité des dirigeants sociaux.

Ces diverses modalités ont toutes un lien commun et peuvent d'ailleurs se combiner : elles tendent à rattacher la société à l'Etat dont les personnes qui exercent sur la marche de l'entreprise une influence déterminante sont les ressortissants. Les idées qui président à cette théorie sont sensiblement les mêmes que celles qui inspiraient les partisans d'un critère fondé sur la nationalité de tous les associés. Elle apparaît d'ailleurs surtout comme un assouplissement de cette première conception.

Toutefois, à raison de cet assouplissement, la théorie du contrôle suppose l'adoption d'une conception de la personnalité morale un peu différente de celle des défenseurs éventuels de la loi nationale de tous les associés. En effet, la théorie du contrôle ne peut se concilier avec la négation de la personnalité morale. Elle suppose nécessairement que l'on admet l'existence de ce concept. En effet, la loi qui, d'après cette théorie régira le statut de la société n'est pas nécessairement la même que celle de chacun des associés considéré isolément. Dès lors, le statut de la société n'apparaîtra pas comme la résultante de la nationalité de tous les associés ; il sera bien la résultante de celle de certains associés, mais sera indépendant de celle de la minorité. Par conséquent, la société n'est plus seulement la somme de ses membres. Cela ne saurait signifier toutefois qu'elle soit totalement indépendante et que les associés disparaissent complètement derrière la façade de la société. La personne morale qui existe n'est que la jonction des individus qui la composent, elle n'a que la valeur d'une simple fiction.

La théorie du contrôle nous semble rigoureusement inapplicable dans le domaine du conflit de lois, car elle ne répond pas du tout aux qualités que doit présenter la loi qui régit le statut de la société. C'est la raison pour laquelle elle est rejetée d'une façon unanime par la doctrine et la jurisprudence.

La théorie du contrôle se heurte dans son application pratique aux mêmes obstacles que ceux qui ont été mentionnés à propos de la loi nationale des associés, à l'exception toutefois de l'inconvénient majeur que nous signalions, à savoir l'impossibilité d'appliquer ce critère aux sociétés dont tous les membres n'étaient pas de la même nationalité. Le système du contrôle, en effet, apparaît essentiellement prévu pour les hypothèses dans lesquelles les associés se trouvent être les ressortissants de plusieurs pays différents ; dans le cas limite où ils ont tous la même nationalité il se confond avec le système précédent.

Toutefois, bien que d'une application plus facile parce que plus étendue, le système du contrôle peut dans certains cas être incapable de donner une solution. En effet, il suppose pour pouvoir être appliqué qu'il existe au sein de la société une majorité sinon absolue, du moins relative de ressortissants d'un même pays, ou si l'on considère le contrôle des capitaux qu'une fraction assez importante du capital social se trouve entre les mains d'un même Etat. Or, il peut se faire que plusieurs pays se trouvent représentés au sein de la société sans qu'aucun d'entre eux possède une prépondérance véritable ni dans le nombre des associés ou des titres détenus, ni dans la direction de l'entreprise. Dans ce cas, le critère du contrôle est impuissant à déterminer l'Etat duquel doit dépendre la société. Sans doute on pourra objecter qu'une telle hypothèse sera extrêmement rare et qu'il sera très peu fréquent d'assister à un partage rigoureusement égal d'influences de plusieurs pays au sein d'une même société. Mais si rare soit-elle une semblable hypothèse ne doit pas pour autant être exclue : on doit pouvoir déterminer la loi qui régira le statut d'une société en nom collectif composée d'un Anglais et d'un Français ayant souscrit chacun la moitié des parts et étant tous deux gérants. Le critère du contrôle seul ne saurait nous renseigner sur ce point.

D'autre part, il ne faut pas se dissimuler que, si l'on veut appliquer au statut de la société la loi de la majorité des associés, on se heurtera, surtout pour les sociétés par actions, à des difficultés pratiques presques insurmontables : en effet, une société anonyme ne se constitue pas en un seul trait de temps, sa constitution s'échelonne souvent sur plusieurs mois. Or, pratiquement, c'est seulement au moment où la constitution sera déjà parvenue à un certain stade que l'on connaîtra la nationalité des actionnaires ; il faudra attendre

pour être fixé à ce sujet que le capital social ait été entièrement souscrit. Si l'on prend en considération la nationalité des dirigeants sociaux, il faudra attendre la nomination des administrateurs. Or, il est indispensable que les fondateurs de la société sachent dès la première formalité de constitution quelle sera la loi qui régira leur société. Sinon à quelles règles soumettre la souscription, quelles dispositions observer relativement au démarchage ?

On se trouve en présence d'un certain nombre de questions dont la réponse ne sera donnée que par la loi de la société. Il est donc capital pour les fondateurs que cette loi soit connue dès le début de la constitution. Le seul moyen à leur disposition leur permettant de commencer la constitution sans être définitivement fixés sur la loi applicable est de soumettre la constitution à la loi d'un pays déterminé et de faire en sorte que la majorité des actions soit souscrite par des nationaux de ce pays. Mais une telle solution présente un inconvénient qui apparaît immédiatement : elle réduit le nombre des souscripteurs éventuels et risque de rendre la souscription difficile. Le critère du contrôle peut être employé lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les droits et les obligations d'une société parce qu'au moment où ces problèmes se posent, la société existe déjà et que par conséquent on peut découvrir quel est le pays dont l'influence prédomine en son sein. Dans le domaine des conflits de lois au contraire, le contrôle est connu trop tard pour pouvoir être d'une utilité réelle.

30. — Cet inconvénient, il faut le remarquer, jouera surtout dans les sociétés anonymes parce que leur constitution est très longue et parce que les fondateurs ignorent tout de la personalité des futurs actionnaires. Au contraire, dans les sociétés de personnes, il apparaîtrait d'une application plus facile sur ce point tout au moins car, dès avant la constitution de la société, les associés se connaissent et savent par conséquent quel sera le pays dont l'influence au sein de la future société sera prépondérante. Faut-il en conclure que le critère du contrôle pourrait être employé avec profit à la détermination de la loi applicable aux sociétés de personnes ?

Une telle solution serait à notre avis déplorable. En effet, il ne suffit pas pour prôner une institution qu'elle puisse fonctionner en pratique, encore faut-il que son fonctionnement soit susceptible de donner des résultats fructueux. Or, ce n'est pas le cas : la loi nationale de la majorité des associés doit être, à notre avis, radicalement écartée en matière de conflits de lois parce qu'elle est tout à fait *contraire aux besoins du commerce international*.

En effet, même pour les commerçants personnes physiques, la loi nationale a tendance dans les relations commerciales internatio-

nales à passer à l'arrière plan et à s'effacer devant la loi du domicile de l'établissement. Comme le fait remarquer très justement M. Cassin : « Lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable aux rapports des chefs d'entreprise avec leur personnel, leurs bailleurs de fonds, leurs fournisseurs et leurs clients, on est frappé de constater à quel point la notion de nationalité est inutilisable à cause de l'intense compénétration des éléments internationaux que la vie des affaires met en jeu aujourd'hui... Si le commerce international entre individus présente actuellement de telles exigences, à plus forte raison en est-il ainsi de celui exercé par les sociétés de personnes ou de capitaux, pour lesquelle la notion personnelle de nationalité ne représente rien en droit privé ». (1)

La loi nationale de la majorité des associés présenterait enfin un inconvénient majeur qui réside dans son absence de stabilité. Ce défaut particulièrement grave dans les sociétés de capitaux où les fluctuations d'actionnaires sont incessantes se rencontrera également quoique à un degré moindre dans les sociétés de personnes. Sans doute l'adoption d'un critère fondé sur le système du contrôle n'empêchera pas tout changement d'associé, comme la loi nationale de tous les associés, mais par ses conséquences, elle rendra difficile tout changement d'associé, tout transfert de parts susceptible de donner à des nationaux d'un autre Etat le contrôle de l'entreprise. Il s'ensuivra des difficultés considérables : avant tout transfert de titres, il faudra en apprécier d'avance les conséquences et se demander s'il ne va pas entraîner un renversement de la majorité. Il y aura un dosage à faire dans les cessions d'actions, dosage qui sera une complication supplémentaire et dont l'application pratique sera souvent délicate.

Enfin, si l'on envisage le problème en tenant compte des données et des tendances du Droit International Privé moderne qui s'oriente manifestement dans un sens *nationaliste*, la loi de la majorité des associés va à l'encontre du but que l'on se propose d'atteindre : l'intérêt de l'Etat sur le territoire duquel la société est appelée à vivre. En effet, l'intérêt de l'Etat Français commande d'adopter des solutions opposées suivant que l'on se trouve en présence d'une question de jouissance des droits ou de conflit de lois. Dans le premier cas, le but du législateur français est d'empêcher qu'une société de contrôle étranger puisse bénéficier des mêmes prérogatives que les sociétés françaises parce qu'elle est l'instrument économique d'une nation étrangère et parce que les privilèges accordés aux nationaux ne le sont qu'à raison de leur loyalisme et du

30. — (1) R. CASSIN. — *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois.* Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1930, t. IV, p. 760.

lien sentimental qui les unit à l'Etat. C'est la raison pour laquelle en cette matière, si l'on se place d'un point de vue nationaliste, le système du contrôle est bon parce qu'il concourt à la sauvegarde de l'intérêt national.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi qui régira le statut juridique de la société, l'intérêt de l'Etat français, conformément aux conceptions *territorialistes* qui cadrent avec les idées nationalistes qui inspirent les auteurs français modernes, est que la loi française puisse régir le plus grand nombre et, si possible, la totalité des sujets de droit qui vivent sur le territoire français, et sous l'acception « sujets de droit » nous englobons aussi bien les personnes morales que les individus personnes physiques. En adoptant cette solution on donnera en effet à la loi française un champ d'application plus vaste qu'en se ralliant au principe de l'extra-territorialité, parce que la France est un pays d'immigration et que, si l'on envisage le domaine économique qui est le terrain d'élection des sociétés, il y a plus de sociétés fonctionnant en France et composées en majorité de capitalistes étrangers qu'il n'existe de sociétés vivant sur le territoire étranger faisant appel à l'épargne française. Ce déséquilibre est particulièrement flagrant à l'époque actuelle où la France ne saurait être considérée comme un réservoir de capitaux.

Il ne faut pas, en effet, se dissimuler la pauvreté actuelle de l'épargne française qui ne saurait constituer un appât suffisant pour attirer de nombreuses sociétés étrangères dans notre pays.

Le territorialisme est donc conforme aux intérêts français et il conduit nécessairement à écarter le système du contrôle dans le règlement des solutions de conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales. Il faut d'ailleurs remarquer qu'en ce domaine l'intérêt de la société coïncide, à notre avis, avec celui de l'Etat sur le territoire duquel elle exercera son activité, bien que d'une façon générale les fondateurs ne se rendent pas compte de cette concordance. Les fondateurs, en effet, limitant le plus souvent à l'immédiat leur vision de choses, ne considèrent que les textes en eux-mêmes, abstraction faite de leur domaine respectif d'application territoriale. Dès lors, ils souhaitent soumettre leur société à la loi la moins tracassière, c'est-à-dire à celle qui leur impose le moins de formalités de constitution et qui limite au maximum l'étendue de leur responsabilité. C'est pourquoi ils cherchent en général à échapper à la législation française particulièrement stricte sur ces différents points. Mais ils ne pensent pas que le statut de la société est un des éléments de base du crédit dont elle pourra jouir auprès des tiers qui seront amenés à contracter avec elle. Lorsqu'une société fonctionne en France, les tiers français contracteront plus facilement avec elle s'ils la savent soumise à la législation fran-

çaise, car ils connaissent le droit français des sociétés et savent, sans avoir besoin de se livrer à des recherches souvent difficiles, quels seront leurs droits à l'égard de la société co-contractante au cas où un désaccord ultérieur surgirait entre elle et eux.

31. — Ce faisceau d'arguments possède, à notre avis une force suffisante pour écarter d'une façon péremptoire la notion de contrôle du règlement des solutions de conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales. Ils n'ont pas d'ailleurs été sans influencer les auteurs de la doctrine qui sont unanimes à le rejeter en ce domaine.

Même les partisans les plus acharnés de la théorie du contrôle n'ont jamais songé sérieusement à lui donner un domaine d'application débordant la solution des problèmes de jouissance des droits. M. Niboyet, qui s'est fait le champion de la théorie du contrôle, a eu le grand mérite de distinguer soigneusement le « statut politique » de la société de son « statut juridique » et de scinder ainsi en deux ce que l'on recouvrait sous le concept de « nationalité des sociétés ». Autant l'éminent auteur est attaché à ce critère pour la détermination du statut politique de la société, autant il se montre son adversaire irréductible dans toutes les matières relatives au statut juridique (1). Quant aux auteurs qui admettent la nationalité des sociétés, ils invoquent l'inaptitude de la loi nationale de la majorité des associés à régir le statut de la société pour écarter totalement le système du contrôle comme critère de détermination de cette nationalité.

La jurisprudence, elle, est résolument hostile au contrôle et l'on chercherait en vain dans la longue liste des décisions judiciaires relatives à la détermination de la loi applicable aux sociétés commerciales un seul arrêt qui se rallie à ce système. Cette position de la jurisprudence ne saurait d'ailleurs être une source d'étonnement. En effet, même lorsqu'elle avait à résoudre une question touchant à la jouissance des droits, la jurisprudence s'est montrée d'une manière générale peu favorable au système du contrôle, et l'on peut dire que ce n'est que contraints par les événements exceptionnels nés de la guerre de 1914-1918 que les tribunaux se sont ralliés dans certains arrêts à ce critère qu'ils n'ont jamais appliqué qu'à contre-cœur et qu'ils ont toujours considéré comme d'une application limitée à des hypothèses exceptionnelles consécutives à l'état de guerre. Il ne nous appartient pas dans ce travail consacré aux conflits de lois d'étudier en détail les arrêts intervenus en matière de jouissance des droits. Toutefois, nous pouvons dire qu'à la lumière des décisions que nous avons examinées en cette matière,

31. — (1) NIBOYET : *Traité de Droit International Privé*, t. II. p. 274.

il ne nous apparaît pas que la jurisprudence se soit orientée d'une façon définitive vers une application générale de la théorie du contrôle aux problèmes que pose l'existence des sociétés commerciales sur le terrain de la jouissance des droits. Seules les matières de séquestres, liées au premier chef à l'état de guerre et des dommages de guerre, qui se sont posées aux tribunaux en temps de paix, mais qui apparaissent comme une conséquence directe de la guerre, ont vu un accord à peu près unanime des tribunaux dans un sens favorable au contrôle. Au contraire, dans toutes les espèces dans lesquelles les juridictions ont eu à statuer à propos de la jouissance d'un droit dont l'existence n'est pas liée à la guerre, comme la caution *judicatum solvi,* la propriété commerciale, certains arrêts ont statué dans un sens favorable à l'application du contrôle, mais ils ont presque toujours été suivis de décisions revenant à un système différent, décisions qui, en même temps qu'elles brisaient un mouvement jurisprudentiel naissant, privaient la jurisprudence de toute cohérence. Sans doute, les arrêts les plus récents semblent marquer un pas timide en faveur du contrôle, mais la jurisprudence nous a habitués sur ce point à trop de revirements pour que nous partagions l'optimisme de M. Niboyet et que nous puissions tirer de décisions aussi contradictoires des conclusions définitives (2).

Dans ces conditions, il eût été paradoxal et illogique que la jurisprudence, n'appliquant pas d'une façon générale le contrôle dans un domaine où son application eût été d'une utilité manifeste, le prît en considération dans la matière des conflits de lois, où, comme nous l'avons montré, il n'apparaît pas viable. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'aucune décision même isolée ne le consacre en cette matière.

Le législateur enfin, dans les hypothèses dans lesquelles il prend en considération le critère du contrôle, a beaucoup moins en vue de régler des questions de conflits de lois que des problèmes de

31. — (2) V. notamment en faveur de l'application de la loi nationale de la société : Trib. Civ. Seine 27 mars 1896 (Le Droit, 1er mai 1896; Clunet 1896, p. 635); Cass. Req. 22 déc. 1896 (Clunet 1897 p. 364; D. 1897.1.159); Trib. Civ. du Hâvre 24 déc. 1896 (Clunet 1897 p. 384); Trib. Com. Seine 22 août 1902 (Clunet 1904 p. 189); Trib. correct. Seine 2 mars 1905 (Clunet 1907 p. 420); Cass. Crim. 4 août 1906 (Clunet 1907 p. 151); Trib. Com. Nancy 18 fév. 1907 (Clunet 1907 p. 765); Trib. Com. Nice 24 mars 1907 et Trib. Com. Aix 6 juill. 1908 (Clunet 1909 p. 198); Trib. Civ. Lille 21 mai 1908 (Clunet 1909 p. 191); Trib. Civ. Seine 27 juill. 1910 (Clunet 1911 p. 234); Trib. Civ. Marseille 21 nov. 1911 (Clunet 1913 p. 598). — Pour ce qui est de l'application du système de contrôle aux problèmes de jouissance des droits la jurisprudence est loin d'être ferme : Les deux derniers arrêts rendus sur ce point sont en sens contraire : Cass. Req. 9 janv. 1940 (S. 1940.172), revient au système du centre d'exploitation. Par contre la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 20 mars 1944 (D. 1945.1.24 note Basdevant) consacre le système du contrôle.

jouissance des droits. En général d'ailleurs, il ne prend pas uniquement le contrôle en considération, mais superpose à l'exigence d'un siège social en France celle d'un contrôle français.

Qu'ils aboutissent à la compétence de la loi de l'unanimité ou à celle de la loi de la majorité, les critères tirés de la personnalité des associés et des dirigeants sociaux se heurtent à des obstacles tels que leur application paraît impossible.

Les critères fondés sur la notion de contrat et sur la personnalité des associés étant ainsi écartés de façon péremptoire, c'est vers la personnalité morale qu'il faut se tourner pour découvrir la solution du problème de compétence législative.

CHAPITRE III

LES CRITÈRES FONDÉS SUR LA PERSONNALITÉ MORALE

32. — L'appel aux critères fondés sur la personnalité morale pour déterminer la compétence législative ne se justifie pas seulement par une argumentation négative reposant sur les inconvénients des autres critères examinés. Il présente au contraire des avantages positifs qu'il est aisé de mettre en valeur.

Tout d'abord, l'appel à la personnalité morale comme base du critère de détermination de la loi de la société apparaît comme une chose des plus normales à raison de l'importance envahissante de la personne morale dans la société et principalement dans les sociétés de capitaux. Le contrat est en effet tout entier axé vers la création d'une personne morale. Dès la constitution de la société, l'élément contrat disparaît à peu près complètement. Seul l'élément personne morale subsiste au premier plan, et c'est lui qui assure à la fois l'unité et la permanence de la société.

C'est la personne morale qui assure l'unité du patrimoine social. Car si les divers biens de la société constituent un tout homogène, c'est parce qu'ils sont considérés comme la propriété de la société, sujet de droit. Or, la société ne peut être sujet de droit que parce qu'elle possède la personnalité juridique.

L'unité du patrimoine social commande l'unité de la loi applicable. Dans ces conditions, comment atteindre plus parfaitement l'unité législative qu'en la faisant reposer sur un critère tiré de l'élément qui assure précisément la suite du patrimoine social : la personne morale ?

De même, c'est la personnalité morale qui permet à la société de prolonger ses effets dans le temps et de ne pas se voir réduite à la vie éphémère qui est celle de tout contrat. En conséquence, c'est seulement en fondant la compétence législative sur un critère dérivant de la personnalité morale que l'on peut découvrir une loi qui permette d'assurer la continuité du statut juridique de la société.

L'affirmation que le critère de compétence législative doit être fondé sur la personnalité morale ne saurait d'ailleurs suffire à donner

la solution du problème, car l'appel fait à la notion de personne morale suggère plusieurs critères entre lesquels il est nécessaire de faire un choix : ce sont le lieu d'autorisation, le siège social et le centre d'exploitation.

Le libéralisme économique étant aujourd'hui révolu et le dirigisme gagnant sans cesse du terrain, le lieu d'autorisation apparaît comme le critère de l'avenir. Il faudra donc en apprécier la valeur tant en fonction du droit des sociétés tel qu'il existe à l'époque actuelle que de la législation future.

Les autres critères fondés sur la personnalité morale nécessiteront également des développements assez longs, non seulement parce que la jurisprudence a éprouvé en pratique les plus grandes difficultés à marquer sa préférence à l'un d'entre eux, mais aussi parce que leur utilisation comme fondement de la compétence législative suppose résolue la question de savoir à quel titre la loi du siège social ou la loi du centre d'exploitation peut invoquer une aptitude théorique à régir le statut juridique de la société : est-ce en tant que loi nationale de la société ou en tant que loi du domicile ?

On pourra certes objecter qu'en pratique la question est dénuée d'intérêt, parce que la nationalité de la société se déterminant en fonction du domicile, on aboutira en fait à admettre la compétence de la même loi quelle que soit la position prise. Pour cette raison, l'application de la notion de nationalité aux sociétés commerciales n'ayant jamais soulevé de difficultés sur le terrain des conflits de lois, discuter son opportunité reviendrait à résoudre une question de pure terminologie.

Ces objections, pour exactes qu'elles soient, ne sont pas déterminantes. En effet, il ne suffit pas, pour la satisfaction de l'esprit, de déterminer la loi compétente en fonction des nécessités pratiques, il faut encore que la loi choisie ait un titre de compétence en vertu des principes juridiques.

C'est la raison pour laquelle, la recherche d'une solution rationnelle à la controverse opposant la nationalité et le domicile doit, dans le processus logique du raisonnement, précéder celle des mérites respectifs du siège social et du centre d'exploitation.

En conséquence, après avoir apprécié la valeur et l'opportunité du système de l'autorisation, il faudra rechercher si la société doit être soumise à sa loi nationale ou à la loi de son domicile. C'est seulement après avoir pris parti sur ce point que l'on pourra déterminer la nationalité ou localiser le domicile et que le choix entre le siège social et le centre d'exploitation sera opportun.

Section I

LA LOI DU LIEU D'AUTORISATION

33. — Dans les différents ouvrages consacrés aux sociétés, on ne trouve que peu ou pas de développements relatifs à la loi du lieu d'autorisation (1). De même la jurisprudence, lors des nombreuses décisions dans lesquelles elle a eu l'occasion de déterminer la loi de la société n'a jamais admis la compétence de la loi d'autorisation.

Ce silence se comprend parfaitement si l'on tient compte du fait que ces ouvrages ont été écrits et ces arrêts rendus à l'époque où le libéralisme économique était encore florissant. La liberté du commerce était totale et les sociétés pouvaient de façon générale se constituer sans aucune autorisation préalable de la part de l'Etat. En effet, le système de l'autorisation qui avait été en vigueur en France, de 1807 à 1867, avait été abrogé par la loi du 24 juillet 1867 qui a posé dans son article 21 que les sociétés anonymes pourraient à l'avenir se constituer sans l'autorisation du gouvernement. (2)

Mais le Libéralisme économique est aujourd'hui révolu. L'intervention de l'Etat dans la création des sociétés, qui se manifeste dans la majorité des pays tend à fournir un nouveau critère de détermination de la compétence législative.

Dans les pays à législation communiste comme la Russie et la Yougoslavie, l'intervention de l'Etat se manifeste sous une forme absolue par la nationalisation pure et simple des sociétés commerciales.

Cette nationalisation a pour conséquence sur le terrain des conflits de lois de supprimer toute difficulté inhérente à la détermination de la compétence législative. En effet, la société nationalisée est une simple émanation de l'Etat et son statut

33. — (1) Cf. notamment : Pépy : *La nationalité des Sociétés*, Thèse Paris 1920 ; Cuq : *La nationalité des Sociétés*, Thèse Paris 1920 ; Reyter : *Les sociétés en Droit International*, Thèse Alger 1930 ; Mondon : *La nationalité des Sociétés de Commerce*, Thèse Grenoble 1937. Cf. également les développements succincts consacrés à la loi d'autorisation par Demassieux : *Le changement de nationalité des Sociétés de Commerce*, Thèse Lille 1929.

33. — (2) Il fallait soigneusement distinguer l'autorisation exigée par la loi de 1867 pour les sociétés se créant en France de celle prévue par la loi du 30 mai 1857 pour les sociétés étrangères désirant bénéficier de la personnalité morale sur le territoire français, autorisation qui demeure théoriquement en vigueur dans les rares cas dans lesquels un traité n'est pas intervenu entre la France et l'Etat duquel relève la société en question. Il y avait entre ces deux autorisations une différence de nature qui correspond à la distinction entre la création d'un droit et l'effet international d'un droit régulièrement acquis dans un pays étranger.

juridique est évidemment régi par la loi de ce dernier. La nationalisation n'a d'ailleurs pas pour conséquence de modifier d'une façon générale la compétence législative parce que les sociétés nationalisées par un Etat ont le centre de leurs intérêts sur le territoire de cet Etat et qu'en conséquence, la loi de l'Etat aurait été compétente pour régir leur statut juridique en dehors de toute nationalisation. C'est le cas des sociétés Françaises qui ont été récemment nationalisées. La nationalisation visant des sociétés ayant leur siège social en France n'a pas eu pour effet de modifier la compétente législative, mais elle supprime toute difficulté afférente à sa détermination puisqu'elle permet d'écarter le critère normal servant de fondement à la loi applicable (3).

Mais la nationalisation ne s'est encore appliquée en France qu'à un nombre de sociétés restreint et, abstraction faite des pays à législation communiste de l'Est Européen, on peut dire que les Etats qui, sous la poussée des circonstances économiques ou des opinions doctrinales de leurs dirigeants, se sont orientés dans le sens du dirigisme économique, ne sont pas allés jusqu'à la nationalisation. L'intervention de l'Etat se manifeste sous une forme moins absolue, celle du contrôle qui en matière de sociétés se concrétise par l'exigence d'une autorisation gouvernementale préalable à la constitution de la société.

C'est un système présentant certaines analogies avec celui de l'autorisation qui, depuis de nombrueses années déjà fonctionne en Angleterre pour les sociétés « Limited ». En effet, ces sociétés doivent pour être considérées comme valables en Angleterre remplir la formalité de l'Enregistrement sur un registre spécial appelé registrar et le législateur anglais réserve, aux sociétés « limited » ayant rempli cette formalité, le bénéfice de la nationalité anglaise.

Toutefois, il faut noter qu'en pratique l'incidence de la nécessité d'un enregistrement de la société sur la détermination de la compétence législative n'est pas aussi considérable qu'on pourrait le croire de prime abord. En effet, sont seules soumises à l'insription sur le registrar les sociétés se constituant en Angleterre sous la

33. — (3) La nationalisation des sociétés a pour conséquence inévitable de supprimer le jeu des principes normaux de solution de conflits de lois en matière de sociétés, non seulement en ce qui concerne la détermination de la loi de la société, mais aussi pour ce qui est de la loi applicable à l'activité sur le plan international des sociétés ainsi nationalisées. Ces sociétés étant l'émanation de l'Etat, les problèmes de compétence que pose leur activité à l'extérieur des frontières présentent un caractère exorbitant du droit commun et ne peuvent être réglés que par le jeu de conventions internationales entre Etats. La nationalisation du commerce extérieur pose d'ailleurs des problèmes originaux et complexes qui sortent du cadre de cette étude et dont un exemple a été fourni par la représentation commerciale des Soviets.

forme limited et se soumettant par conséquent de leur plein gré à la loi anglaise. Dans ces conditions la compétence législative apparaît déterminée beaucoup plus en fonction du lieu de constitution ou du siège social que de l'enregistrement. Ce dernier apparaît beaucoup plus comme une ratification à laquelle est subordonnée la validité d'une société qui se constitue selon la loi anglaise dans la forme « Limited », que comme une autorisation préalable susceptible de servir de base à la compétence législative. C'est une formalité supplémentaire de constitution. Nous ne nions donc pas que le système de l'enregistrement présente un intérêt mais nous ne pensons pas qu'il puisse exercer une influence déterminante sur la compétence législative.

34. — En France l'évolution récente de l'Economie dans un sens dirigiste tend également à permettre à l'Etat de contrôler les sociétés dès leur création et à ressusciter l'exigence d'une autorisation.

Ce contrôle de l'Etat sur les sociétés s'est manifesté tout d'abord en matière d'assurance et de banque parce que l'Etat était intéressé au premier chef par les sociétés exerçant leur activité en se domaine.

Il est inutile de traiter ici du contrôle que l'Etat exerce sur le fonctionnement des sociétés d'assurances, contrôle qui depuis le décret-loi du 14 juin 1938 est double et revêt à la fois un aspect économique et financier. Seul nous intéresse le point de savoir quelle est la portée exacte du contrôle que l'Etat exerce sur la constitution des sociétés d'assurances et s'il existe véritablement une autorisation préalable susceptible de servir de critère de détermination de la compétence législative.

L'article 7 du décret-loi du 14 juin 1938 dispose que la société une fois régulièrement constituée doit demander l'agrément de l'autorité de contrôle et ne peut souscrire de contrat avant d'avoir obtenu cet agrément (1).

34. — (1) Le contrôle de l'Etat sur les sociétés d'assurances existait d'ailleurs dès avant 1938. Mais il n'existait aucune unité entre les différentes branches d'assurances : « Le régime antérieur prévoyait des formalités très différentes, au moins en apparence, selon les branches d'assurance. Pour l'accident du travail, la société devait demander à déposer un cautionnement et c'est la publication au *Journal Officiel* d'un avis constatant l'accomplissement de cette « formalité » qui emportait reconnaissance de la société. En matière d'assurances sur la vie, il y avait « enregistrement ». L'assurance automobile donnait lieu à « agrément ». Les autres branches pouvaient être pratiquées sur simple « déclaration ». Enfin, les sociétés étrangères étaient soumises à un agrément spécial. Quoique les textes régissant ces différentes formalités fussent entièrement différents, la pratique administrative avait abouti à donner à chacune d'elles la même valeur et le même contenu juridique ». (FOURASTIÉ : *Le contrôle de l'Etat sur les Sociétés d'assurance* — 3e éd. 1944. Dalloz, Paris, p. 40).

Cette disposition permet de se faire une opinion sur la nature exacte du contrôle de l'Etat. On ne se trouve pas en réalité en présence d'une autorisation préalable à la constitution de la société, mais d'un agrément auquel est soumise la société régulièrement constituée. Et le décret-loi du 14 juin 1938 soumet à cet agrément sans faire de distinction sociétés françaises et sociétés étrangères (2). C'est donc seulement une fois qu'elle est constituée de façon régulière que la société est soumise au contrôle de l'Etat. Il s'ensuit que l'agrément du Ministre ne saurait servir de base à la compétence législative.

Le système instauré pour les sociétés de banque par la loi du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire, présente des analogies certaines avec celui existant en matière d'assurances.

La loi du 13 juin 1941 prévoit en effet que le comité d'organisation professionnel des banques, établit et tient à jour une liste des banques qui exercent leur activité en France et en Algérie (3).

La demande d'inscription qui doit être faite par la banque sera accordée si elle est justifiée par les besoins économiques, généraux et locaux (4).

Dans l'esprit du législateur, il semble donc que l'inscription sur une liste a beaucoup plus pour but de vérifier l'utilité économique de la banque qui se crée que de servir de fondement à la compétence législative. D'ailleurs, même si l'on admet que toutes les banques inscrites sur la liste doivent nécessairement voir leur statut juridique soumis à la loi française, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas l'inscription sur la liste qui sera véritablement la source de la compétence législative, mais l'élément qui sert de fondement à cette inscription, à savoir l'exercice par la société de banque de son activité en France ou en Algérie.

34. — (2) Depuis le décret-loi du 14 juin 1938, la décision du Ministre demeure soumise au Recours pour excès de pouvoir sauf en ce qui concerne les sociétés d'assurances étrangères. Dans ce cas, on considère que la décision de refus d'agrément est un acte de gouvernement.

34. — (3) Loi du 13 juin 1941, art. 9. — « Le comité permanent d'organisation professionnelle des banques, entreprises et établissements financiers défini à l'art. 27 ci-dessous et ci-après désigné sous l'appellation de comité d'organisation établit et tient à jour une liste des banques qui exercent leur activité en France et en Algérie dans les conditions prévues au présent décret. A chaque banque est affecté un numéro d'immatriculation. »

34. — (4) Loi du 13 juin 1941, art. 10. — « Les demandes d'inscription doivent être faites par l'intermédiaire de l'association professionnelle des Banques qui les accompagne de son avis. Le comité d'organisation procède à l'inscription, si les conditions prévues aux articles 1er, 6, 7 et 8 ci-dessus se trouvent remplies par les entreprises requérantes et s'il estime que l'autorisation demandée est justifiée par les besoins économiques, généraux et locaux ».

35. — Le contrôle de l'Etat limité tout d'abord aux sociétés d'assurances et de banque tend de plus en plus à s'étendre à l'ensemble des grandes entreprises. La dernière manifestation significative de cette tendance est fournie par l'art. 82 de la loi de Finances du 23 décembre 1946 qui dispose que toute augmentation de capital, sous quelque forme que ce soit, toute émission, exposition, mise en vente, introduction sur le marché en France d'emprunts, obligations, actions et titres des collectivités publiques et sociétés françaises d'un montant supérieur à 25 millions de francs doivent être soumises à l'autorisation préalable du Ministre des finances (1).

Il faut remarquer que cette disposition a pour effet de soumettre pratiquement toute constitution en France de société anonyme émettant pour plus de 25 millions de francs de titres à l'autorisation préalable du Ministre des Finances puisque la souscription du capital social est une des conditions essentielles de constitution de la société.

Quelle est l'incidence de cette disposition sur la détermination de la compétence législative ?

A notre avis elle ne saurait être considérable. En effet, le législateur dispose que seules les sociétés françaises seront assujetties à cette autorisation. Le caractère français de la société et par conséquent la détermination de la loi à laquelle elle doit être soumise est donc indépendant de l'autorisation. C'est seulement lorsque cette question aura été résolue dans un sens affirmatif que l'autorisation pourra être exigée.

On voit donc que, au stade actuel de l'évolution du dirigisme en France ,le système de l'autorisation ne saurait posséder une valeur générale et servir de fondement unique à la compétence législative, d'abord parce que de nombreuses sociétés y échappent encore, ensuite parce que même pour les sociétés qui y sont assujetties, l'autorisation est souvent postérieure à la détermination de la loi applicable.

Cependant, on peut se demander si, par suite de l'évolution de la politique économique qui s'oriente vers un contrôle de plus en plus accentué de l'Etat sur les sociétés, le système de l'autorisation ne constitue pas le critère de l'avenir, critère au demeurant commode puisque toute société soumise à autorisation préalable sera soumise à la loi française et que toute société non soumise à autorisation sera étrangère.

Cependant même dans cette hypothèse le système de l'autorisation ne constituera que le critère apparent de la compétence législative et le problème sera simplement déplacé.

35. — (1) V. le texte de l'art. 82 de la loi de Finances du 23 décembre 1946, supra p. 8.

Il faudra, en effet, déterminer quelles seront les sociétés soumises à autorisation. Si ce sont les sociétés constituées en France ce sera en fait le lieu de constitution qui servira de fondement à la loi applicable. Si, au contraire, on se fonde sur le siège social, ce sera ce dernier élément qui servira de base à la compétence législative (2).

On voit donc qu'en tout état de cause le système de l'autorisation ne saurait suffire et qu'en l'état actuel de notre droit, il ne peut avoir un domaine d'application général. Aussi, tout en constatant ses progrès, doit-on chercher ailleurs le critère de détermination de la compétence législative. Le problème se pose alors de savoir si la loi de la société doit être sa loi nationale ou la loi de son domicile.

Section II

LA LOI NATIONALE DE LA SOCIÉTÉ

36. — La jurisprudence française et une partie importante de la doctrine soumettent traditionnellement le statut de la société à la loi nationale de cette dernière. Cette solution suppose l'affirmation préalable que les sociétés commerciales peuvent avoir une nationalité qui leur est propre et qui est indépendante de celle de leurs membres.

Nous examinerons successivement les diverses positions doctrinales, puis la solution jurisprudentielle ; enfin à la lumière des enseignements que nous aurons tirés de la doctrine et de la jurisprudence, nous essaierons de dégager une solution rationnelle relativement à la possibilité d'appliquer à la société sa loi « nationale ».

A — *La controverse doctrinale relative à la Nationalité des sociétés*

Peu de questions ont donné lieu à autant de littérature juridique. La doctrine classique avait dès la fin du XIX^{e} siècle consacré la conception de la nationalité des sociétés. Puis, à la suite des inconvénients révélés par la guerre de 1914-1918, une vive réaction

35. — (2) On peut enfin supposer, solution extrémiste, que le législateur soumette à autorisation, toute société exerçant en France une activité partielle et exige qu'elle soit régie par la loi française. Dans ce cas, le véritable critère de détermination de la loi applicable serait en réalité l'exercice de l'activité en France. Cette solution, d'ailleurs bien improbable, équivaudrait en pratique à la suppression de la reconnaissance internationale de la personnalité morale.

doctrinale conduisit de nombreux auteurs à rejeter ce concept, cependant que d'autres lui restaient néanmoins fidèles, de telle sorte qu'à l'heure actuelle la controverse demeure toujours aussi vive.

1°) La doctrine classique favorable a la nationalité des sociétés (1)

37. — Cette doctrine est inspirée par l'idée d'une assimilation assez poussée des personnes morales aux individus personnes physiques. Elle a pris naissance à l'époque où la conception de la réalité des personnes morales, conception d'origine allemande, commençait à connaître la vogue qui devait la suivre pendant de nombreuses années et il est incontestable qu'elle a été influencée par cette conception. Les personnes morales ne sont pas une création de l'esprit, mais elles apparaissent au contraire comme une réalité indépendante des personnes qui la constituent ; elles sont des sujets de droit analogues aux personnes physiques et doivent jouir par conséquent de toutes les prérogatives attachées à ces dernières et notamment de la nationalité. Dès lors, les individus étant soumis en France pour toutes les matières touchant à leur statut personnel à la loi nationale, la même solution doit être donnée relativement aux sociétés. Les arguments qui militent en sa faveur et qui avaient déjà été développés au début du siècle ont été repris par M. L. Mazeaud (2).

M. Mazeaud écarte tout d'abord le fait que les personnes morales ne seraient que de simples fictions. Considérer les personnes morales comme des fictions doit conduire en effet nécessairement à tenir le même raisonnement relativement à la personnalité physique et M. Mazeaud fonde son argumentation sur la distinction qu'il faut faire entre la personnalité physique et l'être physique. Si l'être physique est quelque chose de matériel, par contre la personnalité physique est une construction juridique analogue à la personnalité morale. La meilleure preuve en est que l'on peut très bien concevoir des hommes qui ne soient doués d'aucune personnalité, ce qui était le cas des esclaves antiques et des personnes frappées de mort civile avant 1854. Ce n'est qu'en vertu d'une construction juridique que les êtres humains sont dotés de la personnalité ; et c'est une construction juridique toute semblable qui octroie cette même personnalité aux êtres collectifs. Si l'on voulait la traiter de fiction et la considérer comme incapable de donner une existence à la

37. — (1) Salem : *La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger.* Clunet 1919, p. 23.

37. — (2) L. Mazeaud : *De la Nationalité des Sociétés,* Clunet 1928, p. 30.

personne qu'elle crée, la personne physique distincte de l'être corporel, apparaîtrait comme aussi inexistante que la personne morale... Il n'y a qu'une seule personnalité dont notre droit dote à la fois les êtres physiques et les collectivités. Aussi, est-ce un argument sans portée que d'invoquer la fiction de la personnalité morale, l'inexistence des personnes morales ; car « en matière de personnalité, tout est fiction si l'on veut dire par là que tout est abstraction et construction juridique ».

Ayant ainsi posé l'existence juridique de la personne morale les tenants de cette théorie s'attachent à démontrer qu'à raison même de cette existence indépendante de celle des associés, le concept de nationalité est applicable aux personnes morales.

La nationalité, déclarent-ils, n'est pas comme on le prétend souvent à tort un lien de nature essentiellement politique, c'est un lien plus vaste de dépendance qui unit une personne à un Etat. La nationalité en effet ne révèle pas seulement les droits et les obligations politiques d'un individu, mais elle est aussi à la base de la détermination de son statut juridique, de la loi civile par laquelle il sera régi. Dans ces conditions, ce n'est pas parce que certains droits politiques viennent à faire défaut, ce qui est le cas pour les sociétés qui n'ont ni droits de vote, ni obligations militaires qu'il faut écarter radicalement ce concept. D'ailleurs, lorsque l'on invoque à l'encontre de la nationalité des sociétés, l'absence de loyalisme des personnes morales, une telle allégation n'est pas rigoureusement exacte. En effet, les sociétés par la puissance collective qu'elles représentent sont susceptibles de contribuer efficacement à la puissance économique d'un Etat et de servir utilement sa cause.

Indépendamment de ces arguments rationnels, les partisans de la nationalité des sociétés croient trouver dans les textes la preuve de l'existence effective de ce concept. Ils nient que le silence des grandes lois relatives à la nationalité des personnes physiques au sujet des sociétés puisse permettre de déduire l'hostilité du législateur à l'égard de ce concept. Au contraire, ils tirent argument de la loi du 22 novembre 1913 qui déclare que « l'assemblée générale ne peut changer la nationalité de la société » en faveur de l'application aux sociétés commerciales de la notion de nationalité.

Il faut d'ailleurs remarquer que les partisans de l'application aux sociétés du concept de nationalité ne prétendent pas pour autant qu'il n'existe aucune différence entre la nationalité des personnes morales et celle des individus. Certains auteurs comme Pic (3)

37. — (3) Pic : *De la faillite et de la liquidation des sociétés commerciales en droit international privé.* Clunet 1892, p. 577.

reconnaissent qu'il existe entre les deux notions des différences très importantes, mais ils pensent que ces divergences se trouvent compensées par des analogies suffisantes pour que l'on puisse parler de « nationalité des sociétés ».

Cette conception de la nationalité des sociétés n'a jamais donné dans le domaine des conflits de lois que des résultats satisfaisants. On pouvait parfaitement, et on l'a fait en pratique, soumettre la société à sa loi nationale sans que cela soulève de conséquences choquantes. Toutefois il faut remarquer que la question ne se trouvait pas pour autant résolue : en effet, il restait encore à déterminer le critère sur lequel on fonderait cette nationalité, le jus sanguinis faisant ici totalement défaut. Dire que la société serait soumise à sa loi nationale, c'était donc déplacer la difficulté sans la résoudre. Mais sous cette réserve la conception de la nationalité des sociétés apparaissait viable en ce domaine. Seulement l'application aux sociétés de ce concept entraînait des conséquences plus vastes : relativement aux droits et aux obligations dont elles pourraient jouir elles seraient sur ce point soumises au régime prévu par l'Etat dont elles étaient nationales. Et la nationalité étant un lien unique, on était amené à soumettre à la même loi les questions relatives au statut juridique de la société et celles concernant les droits dont elle pouvait jouir et les obligations auxquelles elle devait être assujettie, soit deux questions dissemblables qui réclamaient des solutions différentes. Toute la difficulté provenait de ce que l'on avait voulu recouvrir sous un concept unique des problèmes divers et multiples.

Se rendant compte de cette erreur, certains auteurs s'efforcèrent de dégager cette pluralité de problèmes tout en conservant la notion de nationalité. Ce fut la tentative à laquelle se livrèrent d'une part Lyon-Caen, et, d'autre part les auteurs et les tribunaux, partisans de la distinction de la nationalité de droit privé et de celle de droit public.

2°) Les systèmes intermédiaires

a) *Le système de Lyon-Caen* (1)

38. — Après avoir affirmé que les sociétés comme les individus ont une nationalité, Lyon-Caen, recherchant les éléments auxquels il faut s'attacher pour la déterminer, déclare qu'il faut adopter deux solutions parce qu'il y a en réalité deux questions qui se font pendants et qu'il importe de résoudre séparément :

38. — (1) Lyon-Caen : *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises.* Clunet 1917, p. 5.

1° A quelles conditions une société doit-elle être en France considérée comme française.

2° A quelles conditions une société doit-elle être en France considérée comme étrangère.

Le seul fait que Lyon-Caen soit obligé de dissocier ces deux questions ruine sa théorie. En effet si, comme les individus, les sociétés avaient une nationalité, on n'aurait aucunement besoin de rechercher suivant des critères différents : à quelles conditions elle est française et à quelles conditions elle est étrangère. Un individu est français ou étranger. Si l'on détermine qu'il est français, on prouve par là-même qu'il n'est pas étranger. Il doit en être de même des sociétés, si on leur attribue une nationalité semblable à celle des personnes physiques. D'ailleurs, la distinction de Lyon-Caen est arbitraire. Les deux questions qu'il sépare ne sont, en réalité, que les deux faces d'un même problème. L'emploi du siège social comme critère en présence d'une société donnée pourra bien conduire à lui donner la qualité d'étranger si elle n'a pas en France un siège social réel et sérieux. Par contre, si elle possède un siège social effectif en France, elle doit être considérée comme française. Le siège social peut donc servir à déterminer la qualité de française d'une société et pas seulement sa qualité d'étrangère.

De même si l'on déclare qu'une société est française si elle est contrôlée par des français, le contrôle est bien attributif de la qualité de français. Mais si cette société est contrôlée par des étrangers, le critère du contrôle nous permet de dire qu'elle n'est pas française. Si elle n'est pas française, force nous est de la considérer comme étrangère.

Cette critique que nous faisons aux deux propositions de Lyon-Caen est d'ailleurs surtout une critique de terminologie, car sous ces deux rubriques Lyon-Caen semble avoir voulu rendre une idée plus nuancée à laquelle nous rallions entièrement.

L'emploi du siège social a été surtout fait pour ramener dans le domaine de la loi de 1867 considérée comme rigoureuse des sociétés qui tentaient d'y échapper. Leur attribuer la qualité d'étrangère en leur permettant de bénéficier des dispositions d'une loi plus douce constituait donc pour elles une sorte de faveur, de privilège. Au contraire, lorsqu'il parle des conditions auxquelles une société doit être considérée comme française, Lyon-Caen envisage le cas d'une société qui demande à bénéficier de certains droits réservés aux sociétés françaises. Cette société, estime Lyon-Caen, ne devra en profiter que si elle est contrôlée en majorité par des français. L'intérêt de la société est ici opposé à celui qui était le sien dans le premier cas.

Il nous semble que, sous des formules rigides c'est cette opposition d'intérêts que Lyon-Caen a voulu rendre, opposition d'intérêts qui crée deux problèmes différents. Mais alors comment faire rentrer ces deux problèmes dans le concept unique de nationalité sans retirer à celui-ci toute analogie avec la nationalité des individus ? Il nous semble tout à fait impossible de faire se rejoindre en une notion unique deux problèmes aussi différents.

C'est la raison pour laquelle certaines décisions de jurisprudence et quelques auteurs, suivant une innovation d'une circulaire du Garde des Sceaux, déclarèrent que la nationalité des sociétés ne serait pas unique, mais double : nationalité de droit public et de droit privé.

b) *La distinction de la nationalité de droit public et de la nationalité de droit privé*

39. — Cette distinction fit son apparition au cours de la guerre de 1914-18 dans une circulaire du Garde des Sceaux du 29 février 1916 destinée à assurer l'application de la loi de 1916 relative à la déclaration des biens possédés en France par les ressortissants des puissances ennemies, circulaire dont les termes ont été reproduits textuellement par une circulaire du 11 décembre 1918 relative aux séquestres des biens ennemis en Alsace-Lorraine (1).

La jurisprudence en a fait application dans un arrêt de la Cour de Paris du 7 juillet 1916 dans l'affaire de la Société des Mines de Barbery où cette distinction se retrouve implicitement dans l'arrêt lui-même et explicitement dans les conclusions de l'Avocat général Godefroy (2) et dans un arrêt de la Chambre civile du 27 juillet 1933 (3).

D'après cette théorie, il y aurait en quelque sorte deux nationalités des sociétés : une nationalité de droit privé qui se déterminerait par le lieu du siège social conformément aux décisions

39. — (1) J. O. 2 mars 1916, J. O. 12 déc. 1918, p. 10.692, col. 2. « Il ne saurait être fait état, à l'égard des sociétés, de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, la nationalité des associés, gérants ou membres du conseil de surveillance tous les indices auxquels s'attache le droit privé sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer au point de vue du droit public. le caractère réel de cette société ».

39. — (2) Journ. des Soc. 1917, p. 94. Clunet 1917, p. 226.

39. — (3) Revue de DIP 1934, p. 109 : « Si pour les besoins du commerce juridique il est attribué à cette personnalité fictive une nationalité déterminée par le lieu du siège social avec les droits et les obligations qui en découlent, pareille conception ne saurait être transportée sans réserve dans le domaine du droit public et autoriser lesdites sociétés à revendiquer vis-à-vis de l'Etat les privilèges atachés à la qualité de Français. »

de jurisprudence antérieures à 1914 et une nationalité de droit public qui serait déterminée par la nationalité de la majorité des actionnaires et des dirigeants sociaux. Le caractère de droit public de cette seconde nationalité s'expliquerait par le fait que les dispositions législatives intervenues en temps de guerre pour la défense des sociétés françaises présentent le caractère de lois de police et de sûreté et que, comme telles elles relèvent plus du droit public que du droit privé.

Cette distinction ne semble pas conduire à une solution satisfaisante. En effet, il y a quelque chose de choquant à vouloir scinder en deux la notion de nationalité qui ne se conçoit que dans un système unitaire. D'autre part, l'adoption d'un semblable système ne permet pas de résoudre la difficulté, car il faudra encore déterminer quelles sont exactement les matières qui rentrent dans le domaine du droit public et quelles sont au contraire, celles qui font plus spécifiquement partie du droit privé. Or, la frontière qui sépare ces deux branches du droit n'est pas suffisamment nette pour qu'une telle qualification apparaisse dépourvue d'écueils.

3°) Les doctrines rejetant le concept de la nationalité des sociétés

4°. — Dès avant la guerre de 1914-1918 quelques voix isolées s'étaient élevées contre l'application qu'elles jugeaient abusive de la notion de nationalité aux sociétés commerciales. De Vareilles-Sommières fut le premier à s'attaquer à cette notion (1). Il a cherché à trancher la question en la rattachant à la vieille controverse sur la réalité ou la fictivité de la personne morale et, ayant pris position en faveur de la fiction, il en déduisait tout naturellement l'impossibilité pour les sociétés, êtres fictifs, de posséder une nationalité. Avant la guerre de 1914 Pillet fut, avec de Vareilles-Sommières le seul auteur qui ait critiqué la nationalité des sociétés (2). Des deux liens d'allégeance entre l'individu et l'Etat, la nationalité et le domicile, la nationalité, faisait-il remarquer, a triomphé, parce qu'elle confère à l'emprise exercée par l'Etat sur l'individu une solidité plus grande que le domicile. Le domicile est

40, — (1) De Vareilles-Sommières : *Les Personnes Morales*, p. 643 et suivantes.

40. — (2) Pillet : *Les Personnes Morales en Droit International Privé*, p. 121-124. — Il faut d'ailleurs remarquer que dès 1908, Demogue dans une note au S. 1908.2.177, sous un jugement du Tribunal Civil de Lille, critiquait également l'application abusive que l'on faisait aux sociétés du concept de nationalité. En admettant la nationalité, déclarait-il, on a été dupe des mots et des comparaisons. On a voulu résoudre par ce concept un certain nombre de questions différentes : loi applicable à la société, obligation pour la société de

donc passé pour les personnes physiques au second plan et il est devenu un simple élément de détermination de la nationalité élément qui est pris en considération dans la mesure où l'on fait une place au jus soli à côté du jus sanguinis. On a voulu par analogie étendre les mêmes solutions aux personnes morales, sans bien s'apercevoir qu'en cette matière, par suite de l'absence du jus sanguinis la nationalité se confondait avec le domicile et l'on en est arrivé à confondre ces deux notions voisines mais différentes. Pour Pillet la personnalité morale et les droits qui y sont attachés ne sont pas autre chose que des droits régulièrement acquis et aucun de ces droits n'a l'essence particulière de la nationalité.

Ces premières critiques ont été reprises et développées après que la guerre eût montré les inconvénients pratiques de l'application aux sociétés de cette notion. En 1920 M. Pépy reprochait au système français son manque de cohérence. Puis la réaction doctrinale se manifesta avec ampleur dans les ouvrages de M. Niboyet qui s'est élevé avec véhémence contre la nationalité des sociétés et qui présente à l'appui de sa thèse tout un faisceau d'arguments (3).

La nature du lien de nationalité est telle qu'on ne peut concevoir son application à d'autres sujets de droit que les individus. En effet la nationalité constate un rapport politique entre un individu et un Etat. Or, il y a quelque chose de choquant dans le fait de concevoir la possibilité d'un rapport politique entre un Etat et une personne morale qui n'est pas autre chose qu'une simple entité juridique et qui ne peut compter comme les personnes physiques au nombre des nationaux d'un Etat. Un Etat est fait de ses nationaux qui en constituent la substance. Les formes sous lesquelles ceux-ci manifestent leur activité n'augmentent pas leur nombre. On ne peut pourtant pas admettre que la France se compose tout d'abord des Français (personnes physiques) puis, en second lieu des sociétés françaises dans lesquelles figureront en fait et à nouveau les mêmes nationaux. S'il en était autrement, un pays pourrait accroître fictivement le nombre de ses nationaux.

D'autre part, M. Niboyet fait remarquer que la société est un contrat de droit privé. Or, un simple contrat ne peut engendrer un être doué de nationalité. Il n'y a pas de nationalité des sociétés,

payer la caution judicatum solvi, détermination du tribunal compétent pour prononcer la faillite. Demogue faisait remarquer également à juste raison que les conséquences d'un refus de nationalité sont très différentes selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. En effet, que les individus aient ou non une nationalité, ils ne cessent pas d'exister. Au contraire si l'on considère que les sociétés ont une nationalité c'est pour elles une question de vie ou de mort.

40. — (3) NIBOYET : *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?* Rev. dr. intern. privé 1927, p. 402.

ni de nationalité des navires. On a employé ce terme parce qu'il a paru commode, mais il y a là en réalité un véritable abus de langage.

D'ailleurs le lien d'allégeance qui unit la société à l'Etat obéit à des règles tout à fait différentes de celles qui régissent la nationalité des individus. En effet, si la question de la nationalité d'un individu se pose devant les tribunaux français, on appréciera d'après la loi française, loi du For, si cette personne appartient à la nationalité française. Mais si, d'après la loi française cet individu est Espagnol, on ne le déclarera pas automatiquement Espagnol par simple application de la loi française. Nos tribunaux ne le considèreront comme Espagnol que s'il justifie que, en vertu de la loi Espagnole, il possède la nationalité de ce pays. En d'autres termes, on n'imposera jamais à une personne physique la nationalité d'un pays qui ne la lui reconnaît pas.

Or, comme le fait remarquer M. Niboyet, la méthode adoptée pour déterminer la nationalité des sociétés est toute différente. Les juges français recherchent d'après leur propre critère, le pays dans lequel cette société a son siège social. Si elle a son siège social en Roumanie par exemple, ils lui attribueront la nationalité Roumaine et cela, même si la loi roumaine, s'inspirant d'un autre critère, comme, par exemple le centre d'exploitation conduit à appliquer à la société envisagée la nationalité d'un autre pays. Les tribunaux français n'hésitent donc pas à attribuer à une société la nationalité d'un pays alors que la loi de ce pays ne la lui reconnaît pas (4). Cette méthode est incompatible avec les principes les mieux établis de la nationalité des personnes physiques. A méthodes différentes, notions différentes, la nationalité des sociétés n'est qu'un leurre.

Ayant ainsi rejeté le concept de nationalité, M. Niboyet recherche la nature des questions que soulèvent les sociétés commerciales en Droit International privé. Ces problèmes sont, à son avis, de deux ordres différents : les uns ressortissent aux conflits de lois, les autres à la jouissance des droits. En effet, en présence d'une société qui désire se constituer, la première question qui se pose est de la rattacher à un Etat afin de déterminer à quelle loi elle doit être soumise, c'est une question de loi applicable ; il faut rechercher entre les différentes lois qui ont une aptitude théorique à régir le statut de la société, celle qui convient le mieux ; on doit fixer le *statut juridique* de la société. Ce premier problème étant résolu, il faut encore déterminer le *statut politique* de la société, c'est-à-dire délimiter les droits dont elle pourra jouir et les obligations auxquelles elle sera assujettie. Comme ces droits et ces obligations

40. —(4) Cette opinion n'est d'ailleurs pas complètement exacte. Nous verrons qu'il peut y avoir lieu de faire application en matière de sociétés de la Théorie du renvoi.

varient suivant les Etats, il faut déterminer l'allégeance politique de la société. Il y a donc dans la théorie de M. Niboyet, non pas un, mais deux liens d'allégeance différents suivant la nature de la question à résoudre.

Les arguments présentés par M .Niboyet n'ont pas été sans avoir un grand retentissement en doctrine. Toutefois tous les auteurs n'ont pas été convaincus (5) et la controverse demeure toujours vive. La jurisprudence elle, présente plus d'homogénéité, du moins en ce qui concerne l'application aux sociétés de la notion de nationalité, car elle demeure hésitante quant à la détermination du critère permettant la fixation de cette nationalité.

B — *La jurisprudence française*

41. — C'est surtout au cours des dernières années du siècle dernier et dans les premières années du XX[e] siècle qui ont précédé la guerre de 1914-1918 que les tribunaux ont été appelés à se prononcer fréquemment sur la loi qui devait régir le statut juridique des sociétés de commerce.

Dès 1870, la jurisprudence a admis que les sociétés devaient être soumises à leur loi nationale et a consacré par là-même la notion de nationalité des sociétés. Il convient d'ailleurs de remarquer que cette transposition aux sociétés d'une notion conçue originairement pour les individus lui a paru toute naturelle et que, dans la longue liste des décisions qui ont admis l'idée de nationalité, rares sont celles qui contiennent une justification de l'emploi inusité qu'elles faisaient de ce concept. Les tribunaux ont posé comme un axiome que les sociétés possèdent une nationalité sans s'attacher à rechercher si l'appel qu'ils faisaient à cette notion n'était pas abusif.

Quelques décisions toutefois sont plus explicites (1). Elles fondent d'ailleurs l'existence de la nationalité des sociétés sur la considération que la société est une personne morale indépendante de la personnalité de ses membres et qu'en conséquence elle doit posséder une nationalité distincte de celle des associés (2).

40. — (5) R. Cassin : *Travaux du Comité de Droit International Privé*, p. 193. Demassieux, thèse Lille 1928 : *Le changement de Nationalité des Sociétés de commerce*. Mondon, thèse Grenoble 1937 : *La nationalité des sociétés*.

41. — (1) Tribunal civil Nancy, 16 avril 1883. S. 1888.2.91. Note Chavegrin.

41. — (2) La formule employée par le Tribunal civil de Nancy dans son jugement du 16 avril 1883 précité est caractéristique : « Attendu qu'en droit une société commerciale constitue un être moral distinct de la personnalité des associés ; que, par suite, elle a sa nationalité propre de même qu'elle a son patrimoine propre et indépendant du patrimoine personnel de ceux-ci ». C'est toujours cette justification qu'a invoquée la jurisprudence dans les rares

Cette argumentation invoquée dans quelques décisions nous permet d'entrevoir comment les tribunaux ont été conduits en pratique à s'orienter vers l'application aux sociétés de leur loi nationale. C'est la conséquence d'une assimilation des personnes morales aux personnes physiques. La jurisprudence en a conclu que, comme les individus, elles étaient susceptibles de posséder un statut personnel et, suivant les principes traditionnellement admis en droit français pour l'état et la capacité des personnes physiques, elles devaient soumettre ce statut personnel à la loi nationale de la société. Pour atteindre ce but, il fallait nécessairement attribuer une nationalité aux sociétés. L'application par la jurisprudence de cette notion s'explique donc en réalité par le but qu'elle se proposait d'atteindre plus que par des motifs rationnels (3).

La jurisprudence appliquant traditionnellement aux sociétés leur loi nationale et n'ayant jamais recherché l'opportunité d'une telle solution, il serait de peu d'intérêt de s'étendre longuement sur elle. Il est par contre plus intéressant de tirer les conclusions qui se dégagent de ce double examen doctrinal et jurisprudentiel relativement à l'opportunité de soumettre le statut juridique des sociétés à leur loi nationale.

C — *Le système proposé*

42. — De la controverse doctrinale, on peut déduire que si les divergences demeurent encore assez considérables entre les auteurs en présence, l'idée d'après laquelle les sociétés seraient susceptibles de posséder une nationalité strictement analogue à celle des individus est complètement abandonnée. Même les plus farouches partisans de cette notion reconnaissent que le lien d'allégeance qui unit les sociétés commerciales à un Etat et qu'ils qualifient de nationalité ne présente pas techniquement les mêmes caractéristiques que la nationalité des individus. Si loin que l'on veuille aller dans l'assimilation des personnes morales aux individus, on ne peut atteindre une similitude totale qui demeure dans le domaine de l'utopie et entraîne des conséquences pratiques qui la rendent non viable.

hypothèses dans lesquelles elle a éprouvé le besoin de se justifier. La formule de l'arrêt ci-dessus a été reprise textuellement quarante ans plus tard dans un arrêt de la Cour de Montpellier du 3 mai 1926 (S. 1926.2.75. Note H. R.). Mais dans la majorité des cas, les tribunaux se sont contentés d'admettre l'existence de cette nationalité : en ce sens Tribunal civil de Lille, 21 mai 1908 (S. 1908.2.177 note Demogue. D. 1910.2.41 note Percerou) : « Attendu que les sociétés, de même que les individus, ont une nationalité.... »

41. — (3) En ce sens, LAGARDE : *L'Emission de titres des Sociétés étrangères en France*, thèse Poitiers 1926.

Dans ces conditions l'intérêt qu'il y aurait à parler ou non de nationalité des sociétés se trouve fortement restreint, car le lien d'allégeance entre une société et un Etat ne présentant pas les caractères techniques d'une véritable nationalité ne saurait suivre le même régime et être assujetti aux mêmes règles. La question de la nationalité des sociétés se réduit en conséquence dans une large mesure à une pure querelle de terminologie et si l'on pose le problème sur son véritable terrain, il revient à résoudre une double question : tout d'abord est-ce que les différents problèmes relatifs aux sociétés présentent entre eux des analogies suffisantes pour pouvoir être englobés sous le concept unique de nationalité ? Si l'on répond par l'affirmative, le problème se trouve résolu. Si par contre la réponse est négative, il faut encore se demander si parmi les plusieurs liens d'allégeance qui unissent la société à l'Etat, l'un d'entre eux ne présente pas avec la nationalité des individus des analogies telles que, malgré des différences certaines, on puisse lui appliquer cette qualification.

Les différents problèmes que posent les sociétés commerciales en Droit International Privé peuvent-ils être résolus en fonction d'un lien d'allégeance se fondant sur un critérium de rattachement unique ?

Il nous semble que sur ce point, l'on doive donner une réponse négative (1). Il n'est pour s'en convaincre que de constater l'échec de la jurisprudence, échec dû à sa volonté de consacrer un système unitaire. Les tribunaux avaient, en effet ,édifié un système de la nationalité des sociétés fondé sur le siège social. Ce système, ils l'avaient construit sur des espèces ayant trait à la détermination de la loi applicable à la société. Mais lorsqu'en 1914, les sociétés ennemies se virent refuser certains droits et frappées de mesures sévères comme la mise sous séquestre, il apparut immédiatement que le système de la nationalité des sociétés fondé sur le siège social conduisait à des injustices flagrantes, car il permettait à des sociétés contrôlées par des ennemis, mais ayant leur siège social en France d'être considérées comme de nationalité française et d'échapper par conséquent aux mesures de rigueur prises contre les ressortissants ennemis. Dans ces conditions, il suffisait aux nationaux des empires centraux de se réfugier derrière la façade d'une société pour se mettre à l'abri de toute mesure de séquestre et bénéficier des mêmes droits que les Français.

La jurisprudence s'aperçut bien des conséquences désastreuses qui se produiraient si elle persévérait dans la voie qu'elle s'était

42. — (1) V. en ce sens, outre M. Niboyet, J. STREITCHENBERGER : *La nationalité des Sociétés.* (Revue des Sociétés, mai 1944, p. 138).

originairement tracée. Aussi, abandonnant le critère du siège social, elle déclara que la nationalité de la société se déterminerait par le contrôle (2) lorsqu'il s'agirait de lui appliquer les mesures résultant de l'état de guerre. Mais par là même la jurisprudence rompait l'unité du lien de nationalité, puisque, suivant la nature de l'espèce qui se présenterait à elle, elle apprécierait la nationalité suivant des critères différents. Cette rupture de l'unité du lien d'allégeance n'aurait eu que des conséquences anodines et n'aurait pas ruiné le système jurisprudentiel si elle n'avait pas duré plus longtemps que la guerre elle-même et si, dès le retour à des conditions de vie normale, on avait pu revenir sans inconvénient à un critère unique. Malheureusement les efforts faits par la jurisprudence en ce sens s'avérèrent vains (3) et il apparut qu'à l'avenir le lien d'allégeance qui unissait les sociétés à un Etat ne pourrait plus se fonder sur un critérium unique. A mesure que se multipliaient les droits dont le bénéfice était réservé aux seuls français, il devenait de plus en plus nécessaire de déterminer le lien d'allégeance qui reliait la société à un Etat afin de connaître d'une façon précise ses droits et ses obligations. Les problèmes de jouissance des droits dont la guerre avait révélé l'existence demeuraient au premier plan et il apparaissait patent qu'ils s'y maintiendraient aussi longtemps que la France ferait une situation préférentielle à ses nationaux par rapport aux étrangers.

Dans ces conditions si l'on admet que les sociétés ont une nationalité qui sert à déterminer à la fois les droits dont elles peuvent jouir et la loi à laquelle elles doivent être soumises, on est obligé de reconnaître que cette nationalité est double. Dans tous les cas où l'application des deux critères du contrôle et du siège social ne coïncide pas, on arrivera à avoir une société dont la nationalité sera à la fois française et étrangère, ce qui nous semble pour le moins paradoxal. Que l'on puisse considérer qu'une société a une nationalité, en baptisant ainsi le lien qui l'unit à un Etat, bien qu'il présente des différences certaines avec la nationalité des individus, nous pourrions l'admettre, mais que l'on veuille réunir sous ce vocable unique deux liens d'allégeance différents dans leur nature et leur critère, voilà qui nous semble difficilement compatible avec la nécessité d'une terminologie précise. Nous pensons en effet qu'il y a deux liens d'allégeance différents et que l'on ne peut donner le même nom à deux choses distinctes.

42. — (2) Cour de Lyon 30 mars 1915. Revue de Droit Intern. Privé 1916, p. 248, et arrêt confirmatif de la Cour de Cassation. Revue de Droit. Intern. Privé 1916, p. 250. Cour de Paris 27 février 1917. Clunet 1917, p. 1457. Gaz. Pal. 1916-17, p. 635.

42. — (3) Cour de Montpellier 3 mai 1926 précité.

43. — Nous ne nous dissimulons pas que des objections peuvent être opposées à cette opinion, mais elles ne nous semblent pas décisives. Tout d'abord ceux qui rejettent le système du contrôle peuvent déclarer qu'il n'y a qu'un lien d'allégeance fondé sur le siège social. Il suffira pour leur répondre de les renvoyer à la jurisprudence et de leur demander s'ils trouvent juste que deux étrangers puissent, parce qu'ils ont fondé une société, échapper aux obligations qui les frappent à titre individuel et bénéficier de droits qui leur seraient normalement refusés.

Certains partisans du contrôle peuvent également prétendre que la juxtaposition des deux critères du contrôle et du siège social ne conduit pas nécessairement à une dualité de liens d'allégeance. Sans doute, diront-ils, il y a bien deux critères, mais ils ne sont que les reflets des deux faces d'un lien d'allégeance unique qui est la nationalité des sociétés. Il n'y a pas deux liens d'allégeance, mais un seul qui est susceptible de varier suivant le but que l'on s'efforcera d'atteindre en l'utilisant. S'agit-il de déterminer la loi applicable à la société, on déclarera : c'est sa loi nationale et l'on fondera la nationalité sur le domicile. S'agit-il au contraire de fixer l'étendue de ses droits et de ses obligations, on répondra de même : ce sont ceux prévus par la loi du pays dont elle est nationale, mais on fondera cette fois la nationalité sur le contrôle. Dans les deux cas c'est toujours la nationalité qui est prise en considération, ce qui change, c'est seulement le mode de détermination de cette nationalité.

Mais, objecterons-nous, cette nationalité devient alors singulièrement incertaine et changeante, puisqu'elle suit les fluctuations de son mode de détermination qui est lui-même éminemment variable et, quelle analogie lui reste-t-il avec la nationalité des personnes physiques ? En ne voulant pas reconnaître la dualité des liens d'allégeance, on s'exposera à créer la confusion dans les esprits. La question : quelle est la nationalité d'une société ne sera jamais susceptible de recevoir une réponse générale. C'est pourquoi nous préférons répondre franchement qu'il existe deux liens d'allégeance différents sans essayer de les dissimuler tous deux sous le vocable unique de nationalité.

Certains auteurs, sans méconnaître que le contrôle puisse dans certains cas être d'une grande utilité ne pensent pas qu'il faille pour autant scinder en deux liens différents le lien d'allégeance qui unit les sociétés à un Etat. Pour eux au contraire ce lien conserve son caractère unitaire et l'on peut parler de nationalité des sociétés, le principe étant que cette nationalité se déterminera d'après le domicile de la société. Toutefois, comme dans certaines hypothèses relatives à la détermination des droits dont les sociétés peuvent jouir

en France, il serait injuste de faire bénéficier de privilèges réservés aux nationaux des sociétés ne présentant pas des garanties de loyalisme suffisantes, on pourra *exceptionnellement* subordonner la jouissance de ces droits à des conditions plus strictes et superposer ou substituer à l'exigence d'un siège social en France, celle d'un contrôle français. Mais le domaine d'application du contrôle qui demeure l'exception ne saurait porter atteinte au principe d'une nationalité unique fondée sur le domicile (1).

Cette opinion réussit à sauvegarder l'idée d'une nationalité unique en limitant le domaine d'application du contrôle. Mais cette limitation est-elle conforme à l'évolution des faits et aux nécessités qui s'ensuivent ? Nous ne le pensons pas. En effet, les nombreuses dispositions législatives qui, consacrant un courant de Xénophobie sont venues réserver aux seuls français un nombre croissant de droits ont amené la jurisprudence à se prononcer fréquemment depuis la guerre de 1914-1918 sur des problèmes de jouissance des droits relatifs à des sociétés qui avaient bien leur siège social en France, mais qui, étant de contrôle étranger, ne présentaient pas les garanties de loyalisme qui, dans l'esprit du législateur étaient nécessaires à la jouissance du droit considéré. Si l'on considère que toutes ces espèces étaient des cas exceptionnels, on arrive à ce résultat paradoxal que les exceptions sont plus nombreuses ou, tout au moins aussi nombreuses que les cas d'application du principe lui-même. C'est la raison pour laquelle nous ne pensons pas devoir nous rallier au système de M. Cassin et nous croyons qu'il ne faut pas parler d'un principe et d'exceptions mais qu'il faut reconnaître l'existence de plusieurs liens d'allégeance différents.

44. — Ayant ainsi rejeté l'idée d'une nationalité, lien unique entre la société et l'Etat, susceptible de rendre compte de tous les problèmes que posent les sociétés commerciales en Droit International privé, devons-nous renoncer à poser des principes généraux et préconiser une méthode analytique qui conduirait à considérer chaque problème isolément, chaque cas particulier sans rechercher à faire œuvre de synthèse et à découvrir un système d'une validité plus générale. Nous ne le pensons pas, bien que ce soit évidemment la solution la plus prudente. Il nous semble au contraire qu'entre les deux extrêmes que nous venons d'énoncer : unité de liens d'allégeance ou au contraire pluralité presque infinie, il existe un moyen terme qui, tout en permettant de poser des règles suffisamment générales évite l'écueil d'une systématisation trop hâtive.

43. — (1) V. en ce sens la communication de M. R. Cassin à la séance du 23 avril 1934 du Comité Français de Droit Int. Privé. Travaux du Comité Français de Droit. Int. Privé 1934, p. 85 et s. L'opinion de M. Cassin a été approuvée sans réserve par M. Amiaud.

Il nous semble, en effet, qu'il existe deux liens d'allégeance différents correspondant aux deux ordres de problèmes que soulèvent les sociétés commerciales en Droit International Privé. Car, nous croyons, comme M. Niboyet, que les problèmes relatifs aux sociétés sont doubles et rentrent soit dans la matière de la jouissance des droits, soit dans celle des conflits de lois.

Lorsqu'une société se constitue dans un pays déterminé, le premier problème qui se pose est un problème de jouissance des droits : il s'agit de savoir si la société qui prétend se fonder a le droit à l'existence. Cette première question est d'ailleurs actuellement théorique, le principe de la liberté du commerce étant à peu près unanimement admis. La société ne se verrait refuser son droit à la vie que si elle était contraire à l'ordre public à raison de son objet. Mais, indépendamment de cette hypothèse dans laquelle elle sera nulle, elle peut se constituer librement. Alors se pose un problème de loi applicable : quelle sera la loi qui régira la société qui se constitue ? Puis la société étant ainsi constituée et son statut étant fixé, il pourra y avoir lieu au cours de son existence, d'une part de déterminer les droits dont elle pourra jouir dans les différents pays dans lesquels elle sera amenée à exercer son activité, d'autre part de découvrir la loi qui lui sera applicable lors des opérations qu'elle effectuera dans les pays autres que son pays d'origine, problème de conflits de lois.

Cette rapide revue des principaux problèmes qui surgissent lors de la création et au cours de la vie d'une société montre qu'ils peuvent tous rentrer dans la catégorie de la condition des étrangers ou dans celle des conflits de lois. Mais, si l'on peut grouper les différentes questions sous ces deux concepts, existe-t-il entre eux des différences suffisantes pour qu'il soit possible de dissocier ce que l'on réunit en général sous la notion unique de nationalité, pour que l'on puisse ainsi établir une distinction tranchée ? La réponse à cette question a déjà été donné dans l'Introduction lorsque nous nous sommes efforcés de dégager les caractères essentiels des problèmes de conflits de lois et de ceux de jouissance des droits, caractères dont l'étude a fait apparaître l'opposition très nette existant entre ces deux notions.

Il suffit donc de renvoyer le lecteur à ces développements antérieurs et de rappeler brièvement les arguments principaux qui militent en faveur de la dualité des liens d'allégeance.

La division bipartite proposée se justifie tout d'abord d'un point de vue historique. En effet les problèmes de jouissance des droits et de conflits de lois se sont posés à des époques différentes. Avant la première guerre mondiale les problèmes de jouissance des droits étaient à peu près complètement ignorés. Depuis, au contraire, ils

occupent la première place de l'actualité judiciaire. Leur intérêt est donc sporadique, alors que celui des problèmes de conflits de lois est permanent, tout au moins dans une économie libérale.

D'autre part, la détermination de l'allégeance de la société envisagée sous l'angle de la jouissance des droits est intimement liée à la politique économique de l'Etat. C'est essentiellement sur des contingences économiques qu'un pays doit se fonder pour restreindre ou étendre les droits accordés aux sociétés étrangères. Au contraire, le but poursuivi par un Etat dans la solution des conflits de lois est toujours de chercher à donner à sa propre législation le domaine d'application le plus vaste possible.

Ces différents arguments nous semblent posséder une force suffisante pour justifier d'une façon préremptoire la distinction que nous avons adoptée et pour affirmer en conséquence qu'il existe un double lien d'allégeance qui unit la société à l'Etat et qu'il est impossible de recouvrir cette double allégeance de la qualification de nationalité.

45. — La dualité des liens d'allégeance étant ainsi reconnue, il nous faut rechercher maintenant si l'un de ces deux liens ne présente pas avec la nationalité des individus des analogies suffisantes pour qu'il soit possible de le baptiser ainsi.

Les auteurs s'accordent généralement pour voir dans la nationalité un lien d'ordre politique qui unit l'individu à l'Etat, lien par lequel l'Etat exerce son emprise sur ses sujets. La raison du triomphe de la nationalité sur le domicile nous semble précisément résider dans cette aptitude plus grande dont elle dispose de permettre à l'Etat d'absorber l'individu. Quelle que soit d'ailleurs la définition que l'on donne de la nationalité, on est obligé de reconnaître que l'un des éléments essentiels de son existence est la présence d'un Etat, donneur de nationalité.

Si l'on examine le lien d'allégeance qui unit les sociétés à l'Etat en matière de jouissance des droits, on reconnaît l'existence d'analogies certaines avec la nationalité des individus. Tout d'abord comme la nationalité le lien d'allégeance est essentiellement de nature politique, tous les problèmes de condition des étrangers étant, comme nous l'avons vu, inspirés, directement par la politique économique de l'Etat. L'aspect économique vient ici suppléer l'aspect sentimental que l'on rencontre dans la nationalité des individus. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que ce caractère sentimental soit complètement absent de la nationalité des sociétés telle que nous la concevons. En effet, dans la mesure où l'on tient compte du contrôle comme critère de détermination de cette nationalité, la société dont l'allégeance est liée à celle de ses membres et qui est

composée en majorité de dirigeants français pourra servir les intérêts de la France en étant un instrument de sa prospérité économique. Elle pourra même le faire sur une plus grande échelle et, par conséquent, avec une efficacité plus grande qu'un individu isolé.

Le lien d'allégeance des sociétés envisagé sous l'angle de la jouissance des droits présente un autre trait commun avec la nationalité des individus. Il est lié, en effet, à l'idée d'État souverain, car on conçoit difficilement l'existence de problèmes de condition des étrangers dans le cadre d'un seul État, même si à l'intérieur de cet État il existe une pluralité de systèmes législatifs.

Ces différentes analogies nous font penser que l'on peut parler de nationalité des sociétés en matière de jouissance des droits et sur ce point nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec M. Niboyet. En effet, l'éminent auteur rejette complètement le concept de nationalité et voit dans la détermination du lien d'allégeance servant à fixer les droits et les obligations d'une société, une question de condition des étrangers. Une telle façon de voir ne nous semble pas tout à fait conforme à la réalité. Sans doute, dans ce cas, la détermination du lien d'allégeance se pose à propos d'une question de condition des étrangers en ce sens que le but à atteindre est de déterminer si la société pourra jouir de certains droits. Il existe donc entre les deux choses une connexité étroite mais cette connexité ne saurait entraîner à notre sens une assimilation totale. En effet le problème de la condition des étrangers consiste essentiellement dans la détermination des droits qui sont reconnus aux étrangers et des obligations auxquelles ils sont assujettis et non dans celle des personnes qui seront soumises à ce régime. Le problème de la condition des étrangers suppose que l'on a déterminé déjà la qualité d'étrangère ou de nationale de la personne envisagée. Cette dernière question est donc une question préalable qui rentre dans le cadre de la nationalité.

Pour nous résumer, nous considérons que l'on peut parler d'une nationalité des sociétés qui se détermine en se fondant sur celle de la majorité des associés et des dirigeants sociaux, cette nationalité ayant pour seule conséquence de fixer le statut politique de la société, c'est-à-dire de déterminer les droits dont elle peut jouir et les obligations auxquelles elle est assujettie.

Si l'on se tourne maintenant vers les problèmes de conflits de lois, on s'aperçoit qu'en cette matière la nationalité apparaîtrait comme une intruse, car les analogies que nous avons pu constater en d'autres domaines deviennent ici des différences.

En effet, sur le terrain du conflit de lois, le lien d'allégeance est avant tout de nature juridique. Le politique économique de

l'Etat est bien susceptible d'exercer une certaine incidence, mais elle n'est pas la considération déterminante dont on doive s'inspirer. Même pour les individus personnes physiques, la prise en considération de la nationalité n'apparaît nullement nécessaire ; elle dépend uniquement de la solution que l'on adopte et est subordonnée à l'admission de la loi nationale comme devant régir le statut civil. La meilleure preuve, c'est que les pays anglo-saxons ne lui accordent aucun rôle en cette matière (1).

D'ailleurs, en matière de conflits de lois le lien d'allégeance n'a pas pour objet de relier la société à un Etat, mais à un système législatif. Certes, dans la majorité des cas, il n'y aura aucune différence, car les systèmes juridiques coïncident avec les Etats souverains, mais cette coïncidence n'est nullement nécessaire, car on peut concevoir à côté des systèmes juridiques étatiques des systèmes juridiques fédéraux, provinciaux, coloniaux ou personnels (2).

Dans ces conditions, faire appel en cette matière à la notion de nationalité ne signifie rien, et c'est dans le concept de domicile qu'il faut rechercher le critère de détermination de la loi applicable.

Section III

LA LOI DU DOMICILE

46. — La compétence de la loi du domicile peut s'appuyer, non seulement sur des arguments négatifs résultant des inconvénients des différentes lois qui ont été étudiées jusqu'ici, mais aussi sur des arguments positifs à raison des avantages multiples qu'elle entraîne.

Tout d'abord la loi du domicile, bien que les fondateurs ne s'en rendent pas toujours compte, est en réalité conforme à leur intérêt et à celui de la société.

En effet, lors de la constitution de la société la plupart des formalités doivent nécessairement s'effectuer au domicile social. N'est-il pas logique, dès lors, d'admettre la compétence de la loi locale ?

45. — (1) Les dispositions du Code Bustamante tiennent compte du fait que certains Etats ne reconnaissent pas la nationalité des personnes morales. Dans ce cas il substitue le domicile à la nationalité. V. DE BUSTAMANTE : *Le Code de Droit International Privé et la VI^e^ Conférence Panaméricaine*, 1929, p. 155 et p. 184.

45. — (2) M. Arminjon citait l'exemple de la Nouvelle-Zélande et surtout de l'Alsace-Lorraine. En effet, les sociétés ayant leur siège social en Alsace-Lorraine, disait-il, sont soumises à la loi locale qui n'est pas la loi française. Ces sociétés qui ont leur siège social en France devraient avoir si l'on s'en tient à l'ancienne théorie de la nationalité un statut conforme à la loi française.

D'ailleurs, il est facile de constater que dans la presque totalité des cas le lieu de constitution de la société coïncide avec le futur domicile de cette dernière. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que cette concordance est nécessaire (1). Il apparaît donc qu'à raison de cette coïncidence, sinon nécessaire, tout au moins générale, la loi du domicile est la plus commode, car étant la loi locale, elle est la plus facile à connaître. Elle est aussi celle dont la compétence s'imposera logiquement en vertu du principe de territorialité puisque la constitution s'effectue dans les limites de son domaine d'application territorial.

La compétence de la loi du domicile présente également, lors de la constitution de la société, des avantages indéniables pour les souscripteurs. En effet, on peut présumer qu'une partie importante des titres de la société seront souscrits dans le pays du domicile par des nationaux de ce pays ; dès lors la loi du domicile social coïncidera avec la loi nationale du souscripteur. Or, c'est sa loi nationale que le souscripteur connaît le mieux, celle dont il recherche la protection. Le fait de pénétrer dans une société soumise à cette loi sera donc avantageux pour lui. Il sera amené à souscrire plus facilement, ce qui entraînera un nouvel avantage pour la société, qui obtiendra aisément le placement de ses titres.

Pour la société elle-même, les avantages liés à la compétence de la loi du domicile ne sont pas limités à la période de constitution, mais apparaissent tout au long de la vie sociale.

En effet, si le domicile de la société est situé sur le territoire d'un Etat, c'est vraisemblablement que la société doit exercer dans ce pays la majeure partie de son activité. En conséquence, elle doit chercher à s'intégrer dans l'économie de ce pays de la façon la plus étroite. La soumission du statut juridique de la société à la loi du domicile facilitera cette intégration et augmentera par là même le crédit de la société. Elle en garantira, d'autre part, le bon fonctionnement, car le domicile social possède une permanence suffisante pour assurer l'unité dans le temps du statut juridique de la société. Elle permettra enfin d'assurer son unité dans l'espace, car la loi du domicile, bien que sa compétence procède d'un principe territorialiste, ne voit pas nécessairement son domaine d'application limité aux frontières du pays sur le territoire duquel l'Etat exerce sa souveraineté.

Du fait que la société exerce une partie importante de son activité sur le territoire du pays dans lequel est situé le domicile social, la compétence de la loi du domicile sera le plus souvent conforme aux intérêts des tiers qui seront amenés à contracter avec la société.

46. — (1) Cf. NIBOYET : *Cours de droit international privé*, 1947, p. 250.

En effet, pour toutes les opérations faites avec des nationaux du pays du domicile social, il y aura concordance entre la loi du domicile et la loi nationale du tiers contractant.

Même pour les actes passés à l'étranger avec des tiers étrangers, la soumission du statut de la société de la loi du domicile sera suffisamment protectrice des intérêts des tiers contractants. En effet, ils pourront facilement connaître le siège des intérêts sociaux et par là même la loi qui régit la société. Il leur suffira dès lors de se livrer à un rapide examen de ses principales dispositions pour éviter tout désagrément ultérieur.

47. — Ces divers arguments qui militent en faveur de la compétence de la loi du domicile social sont loin d'être négligeables ; cependant, la raison décisive qui justifie à notre avis l'application de la loi du domicile réside surtout dans son aptitude à concilier les intérêts de l'Etat et les besoins du commerce international.

La compétence de la loi du domicile social est incontestablement conforme aux intérêts de l'Etat. Il serait en effet extrêmement préjudiciable pour un Etat de tolérer l'empire d'une loi étrangère sur une société qui possède sur son territoire le centre de ses intérêts. Une telle attitude impliquerait de sa part un désintéressement qui se concilierait difficilement avec l'expansion du dirigisme et la tendance que manifeste chaque Etat à contrôler de la façon la plus stricte l'activité des sociétés opérant sur son territoire. Cette tendance s'accompagne nécessairement d'un retour au territorialisme. Dans la mesure où l'application de la loi du domicile procède d'un esprit territorialiste, elle se concilie parfaitement avec l'intérêt de l'Etat.

Mais l'adoption d'un territorialisme trop strict risquerait de ne pas répondre aux besoins du commerce international. Au contraire, la loi du domicile, procédant d'une territorialité modérée, s'avère suffisamment souple pour ne pas entraver l'activité des sociétés sur le plan international. Les auteurs font d'ailleurs remarquer que la compétence de la loi du domicile se concilie parfaitement avec les exigences du commerce international. M. Cassin, recherchant les causes de la renaissance de la loi du domicile en tant que règlement des solutions de conflits de lois, cite au premier chef l'extension du commerce international (1). Il montre que par suite de l'intense compénétration des éléments internationaux, le domicile commercial est aujourd'hui l'élément prédominant sur lequel on doit se fonder pour régler les rapports commerciaux. Effectivement, il est certain

47. — (1) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1930, IV, p. 760.

que le caractère cosmopolite des relations commerciales rend difficilement applicable la loi nationale. D'autre part, le concept de nationalité implique toujours une idée de souveraineté qui peut occasionner dans les relations internationales des heurts qu'évitera la loi du domicile. C'est la raison pour laquelle, même pour les relations entre individus commerçants, on tend de plus en plus à admettre la compétence de la loi du domicile. A plus forte raison doit-on faire de même pour les sociétés commerciales.

L'application de la loi du domicile, commandée par l'évolution du droit commercial, présente un autre avantage considérable : celui de faire coïncider dans la majorité des hypothèses la compétence législative avec la compétence juridictionnelle. Le siège social constituant le centre des intérêts de la société, l'art. 59 C. pr. C. attribue compétence au tribunal du siège social de la société, ou plus exactement au tribunal du lieu où elle est établie (2), pour toutes les contestations dans lesquelles la société est défenderesse, et il y a là une application du principe « Actor sequitur... », mais aussi pour tous les litiges entre associés ou entre la société et les associés. Comme, en outre, toute personne morale française pourra se prévaloir des dispositions des art. 14 et 15 C. C., il faut bien reconnaître que dans la majorité des cas, sauf application de la jurisprudence des gares principales, le tribunal compétent sera celui du siège social. Or, il est souhaitable que le juge ait le plus souvent à appliquer sa propre loi, car c'est elle qu'il connaît le mieux. Sans doute, il ne faut pas, sous le seul prétexte d'arriver à cette fin, fausser le règlement des conflits de lois, mais quand l'application de la loi du domicile, qui se justifie par d'autres raisons, comme c'est le cas en notre matière, conduit en outre à faire concorder la compétence juridictionnelle et la compétence législative, c'est une raison de plus d'avoir confiance dans le bon fonctionnement du système.

Ces différents arguments justifient amplement à notre sens la compétence de la loi du domicile, et ceci d'autant plus qu'en l'appliquant on adopte une solution qui est conforme aux tendances modernes du Droit International qui remettent au premier plan la loi du domicile après une longue éclipse.

Cette éclipse, dont l'origine remonte à la Révolution et qui fut accélérée par le triomphe des idées de Mancini, nous indique la raison pour laquelle, en matière de sociétés, la jurisprudence parle de « loi nationale » et non de « loi du domicile ». En effet, c'est à l'époque où le domicile était en régression en droit international

47. — (2) Il est curieux de constater que pour la détermination du domicile social, la jurisprudence a suivi une évolution parallèle en matière de compétence et de conflits de lois. PÉPY, *op. cit.*, p. 20.

que les sociétés commerciales prirent leur essor et que les conflits de lois qu'elles font naître se posèrent aux tribunaux avec une fréquence sans cesse accrue. Elles subirent le contre-coup de la faveur dont jouissait à cette époque la loi nationale, et ceci d'autant plus que la théorie de la réalité des personnes morales arrivait d'Allemagne et jouissait également d'un engouement que sa nouveauté seule pouvait justifier. La théorie de la réalité conduisait à rapprocher et même à assimiler la personne morale à l'être physique. On lui attribua donc un statut personnel et une nationalité et, conformément à la solution en vigueur pour les personnes physiques, on soumit le statut personnel à la loi nationale.

Mais on s'aperçut rapidement que l'on n'avait rien résolu, car il fallait encore déterminer la loi nationale. Or, pour les personnes morales le *jus sanguinis* faisant totalement défaut, le seul élément de rattachement pouvant fonder cette nationalité était le domicile. On arriva ainsi en matière de conflits de lois exactement au même résultat que si l'on avait adopté directement la loi du domicile. Mais comme l'idée de nationalité était solidement ancrée dans les esprits, on prit l'habitude de faire ce détour inutile et de rechercher la loi applicable en deux étapes, alors qu'une seule aurait amplement suffi.

Mais depuis la première guerre mondiale et surtout depuis l'échec des conférences de La Haye, on enregistre le déclin de la loi nationale dans la solution des conflits de lois, et l'on se tourne volontiers avec intérêt et admiration vers les pays Anglo-Saxons et Sud-Américains qui ont toujours soumis le statut personnel des individus à la loi du domicile, la plupart des auteurs étant aujourd'hui d'accord pour reconnaître que la compétence de la loi nationale ne se justifie plus que par des raisons d'ordre sentimental qui sont loin d'être péremptoires. Dans ces conditions, puisque l'engouement qui a abusé la jurisprudence a disparu, il n'y a plus aucune raison de consacrer une solution, qui se justifie encore moins pour les sociétés que pour les individus et qui est aujourd'hui passée de mode.

C'est donc à la loi du domicile qu'il appartient de régir le statut juridique de la société. C'est la solution à laquelle nous demeurerons fidèles, solution qui nous conduira à des résultats analogues à ceux de la jurisprudence en employant une voie différente. Mais le concept de domicile étant abstrait, il importe de le préciser. Ce sera l'objet du Titre II consacré à la mise en œuvre du critère de détermination de la loi de la société.

TITRE II

Mise en œuvre du critère de détermination de la compétence législative

48. — Lorsque l'on a posé comme principe que la société doit être soumise à la loi de son domicile, on a atteint le terme d'une première étape : celle qui consiste à choisir entre les différents critères pouvant invoquer une aptitude théorique à déterminer la loi de la société celui qui est le plus approprié.

Sur le terrain des principes juridiques, le théoricien peut s'estimer satisfait, car un premier résultat positif est atteint. Sur le terrain pratique, il n'en est pas de même.

L'important, en effet, pour le praticien, n'est pas de savoir que la société est soumise à la loi du domicile ou à la loi nationale, mais de déterminer de façon concrète le pays dont la législation est applicable.

Or, le domicile est un concept abstrait dont la localisation n'apparaît avec toute l'évidence désirable. Aussi est-il nécessaire, pour arriver à une précision suffisante, de poser les règles qui permettront de déterminer le domicile. Ce problème est extrêmement épineux, car ce sont précisément ces règles qui permettront de faire échec aux velléités de fraude des fondateurs de sociétés qui, sans elles, n'éprouveraient aucune difficulté à se conformer, du moins en apparence, au principe de la compétence de la loi du domicile.

La détermination du domicile social est délicate à un autre point de vue : elle nécessite en effet l'adaptation aux sociétés de la conception du domicile élaborée à l'origine pour les personnes physiques.

Suivant que, dans cette adaptation, elle met en avant tel ou tel intérêt, la jurisprudence des différents Etats est amenée à consacrer des solutions souvent opposées. Aussi ne faut-il pas s'étonner des divergences existant en ce domaine entre les systèmes juridiques.

A raison de ces divergences, le premier problème qui se pose est de rechercher la loi compétente pour déterminer le domicile social Aussi faudra-t-il dans un premier chapitre découvrir la solution du conflit de qualifications.

Une fois la loi compétente connue, il faudra s'attacher à rechercher comment les tribunaux français, lorsque le conflit de qualification est résolu en faveur de la loi française, déterminent le domicile social. Leur tâche est extrêmement délicate, car il ne suffit pas de choisir entre les différents lieux où le domicile social peut être localisé celui qui est le plus approprié. Encore faut-il exiger qu'il remplisse les conditions suffisantes pour servir de fondement rationnel à la compétence législative. C'est dans ce second chapitre consacré à la détermination du domicile social par la jurisprudence française qu'apparaîtra dans toute son ampleur l'œuvre de nos tribunaux, qui sont guidés par la préoccupation de dépister et de sanctionner les fraudes et surtout de découvrir des moyens préventifs permettant de les empêcher.

Le système jurisprudentiel ainsi dégagé permettra dans la grande majorité des cas de découvrir la solution. Toutefois, il s'avérera impuissant dans les hypothèses, au demeurant exceptionnelles, où des obstacles nouveaux surgiront, obstacles qui s'opposeront à la mise en œuvre de la compétence de la loi du domicile choisi, soit parce que ce dernier n'existe pas en fait, soit parce que le défaut de communauté juridique entre les différents systèmes de solution de conflits de lois rend son application impossible. Il faudra alors dégager une règle de compétence supplétive dont la recherche fera l'objet d'un troisième chapitre.

Les développements qui vont suivre dans ces trois chapitres tendront donc à nous faire passer du domaine de l'abstraction dans celui du concret. Aussi, plus encore que la recherche du critère de détermination de la loi de société, sa mise en œuvre sera-t-elle dominée par les nécessités pratiques. Dans tous les cas, il faudra s'attacher à localiser le domicile au lieu qui représente le centre réel des intérêts sociaux et qui possède en même temps une stabilité suffisante pour assurer l'unité dans le temps du statut juridique de la société.

L'importance de ces considérations ne saurait d'ailleurs conduire à délaisser les préoccupations théoriques. La détermination du domicile social exige que l'on prenne parti sur un certain nombre de grands problèmes de Droit International Privé : les qualifications, le domicile international, la fraude à la loi et le renvoi. C'est en fonction des principes généraux qui dominent ces matières que la solution devra être recherchée. Sur le terrain de la spéculation juridique, il est du plus haut intérêt d'observer l'application de ces principes aux sociétés et de voir dans quelle mesure il est nécessaire de leur faire subir une adaptation qui les mette en harmonie avec le particularisme du droit des sociétés.

CHAPITRE I

LE CONFLIT DE QUALIFICATIONS

49. — Lorsqu'un tribunal recherche à quelle loi doit être soumis le statut d'une société et que, conformément à son système de solution de conflits de lois, il décide de lui appliquer la loi de son domicile, il lui faut définir ce domicile afin de le localiser. Dans ces conditions, il est nécessaire de savoir suivant quelle loi déterminer le domicile social.

Pratiquement la question s'est surtout posée pour les individus, et c'est à propos du domicile des personnes physiques que les auteurs ont échafaudé leurs systèmes. Toutefois, si le problème se présente avec moins d'acuité pour les sociétés, il ne nous semble pas qu'il doive être complètement exclu. En effet, si d'une façon générale les différents pays localisent le domicile de la société au siège social et adoptent en conséquence une qualification uniforme qui évite la plupart du temps le conflit de qualifications, cette concordance n'a rien de nécessaire. Tel pays pourra en effet considérer que le domicile de la société est au lieu du siège d'exploitation, tandis qu'un autre le localisera au siège social. Des conflits pourront naître également entre deux législateurs au sujet de la localisation du siège social au cas de réunion dans des pays différents du conseil d'administration et des assemblées générales d'actionnaires. D'autre part, il peut ne pas y avoir entre deux systèmes juridiques différents de solution concordante quant au rôle respectif qu'il convient d'attribuer à la volonté des parties et à l'existence effective du principal établissement en un lieu. Pour ces différentes raisons, il peut être intéressant et il est même indispensable de résoudre la question de savoir quelle sera la loi compétente pour définir le domicile social.

Dans ce but, il convient d'envisager successivement les principales théories proposées par les auteurs pour la détermination du domicile des individus, et de voir dans quelle mesure elles sont susceptibles d'être transposées de la personnalité physique à la personnalité juridique. Puis, à la lumière de ces opinions et de leurs inconvénients, il faudra s'efforcer de dégager une solution rationnelle pour le règlement de ce conflit de qualifications.

Section I

ETUDE DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DOCTRINAUX

En ce domaine, les controverses ont toujours été très vives entre les auteurs. Plusieurs systèmes originaux ont été proposés, systèmes dont l'étude juxtaposée fera apparaître les mérites et les inconvénients respectifs.

1er *système : les conditions du domicile doivent être régies par la loi nationale de l'individu ou de la société*[1]

50. — Ce système préconisé par Valéry a été repris par Weiss et Durand (1). Ces auteurs, en l'édifiant, n'avaient d'ailleurs en vue que les personnes physiques, à l'exception de Weiss qui, commentant le Traité Franco-Suisse, indiquait qu'il se référait au domicile des personnes morales comme à celui des individus.

Le système proposé repose sur une exégèse tout à fait déplorable de l'art. 102 C. C. En effet, du fait que cet article parle du domicile de « tout Français », Valéry tire la conséquence que la loi française entend régir le domicile de tous ses nationaux aussi bien à l'étranger qu'en France. Dès lors, Valéry en conclut qu'en vertu du principe de réciprocité, il appartient à la loi étrangère de régir le domicile de ses nationaux, même sur le territoire français. Cette interprétation exégétique du texte est sujette à caution, car elle attribue au législateur une renonciation au contrôle du domicile des étrangers vivant sur son territoire qui ne semble pas conforme à ses désirs.

Un semblable système est néanmoins concevable théoriquement pour les personnes physiques, parce que, pour elles, la loi nationale ne coïncide pas nécessairement avec la loi du domicile. Par conséquent, on peut concevoir l'application de la loi nationale de l'individu, encore qu'elle implique une ingérence de la législation étrangère dans notre solution de conflits de lois, ingérence qui ne peut manquer d'être fâcheuse.

En matière de sociétés, il suffit de constater qu'un semblable système est rigoureusement inapplicable parce qu'il conduit à un cercle vicieux. En effet, la nationalité d'une société, dans la mesure

50. — (1) Valéry. *Manuel de Droit international privé*, par. 114, p. 119 et suiv.

Durand. *Essai de Droit Intern. Privé*, p. 373.

Weiss. *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*, III, p. 320.

où l'on admet qu'il existe une nationalité pouvant exercer une incidence en matière de conflits de lois, est déterminée par le domicile social. Dans ces conditions, on ne pourra connaître la loi nationale que lorsque le domicile aura été déterminé et défini. En conséquence, la loi nationale étant inconnue, on ne peut utiliser ses dispositions pour déterminer le domicile, C'est la raison pour laquelle le projet présenté en 1928 par M. Barbosa de Magalhaes au Comité d'experts pour la codification progressive du Droit International ne nous satisfait pas sur ce point. En effet, dans son art. 8 relatif au domicile des personnes morales, M. de Magalhaes déclare : « art. 8 : le domicile des personnes juridiques, y compris les sociétés commerciales, concorde avec leur nationalité et est déterminé par celle-ci » (2).

Une semblable identification de la nationalité et du domicile, outre qu'elle nous enferme dans un cercle vicieux, a l'inconvénient de compliquer encore le problème en se référant à la notion de nationalité qui est encore beaucoup plus instable et délicate à déterminer que celle de domicile.

2e *système : théorie de la loi territoriale* (Lex-Loci)

51. — Le système de la loi territoriale a été surtout soutenu par Brocher. M. J. Donnedieu de Vabres, dans sa thèse, s'est également prononcé en sa faveur (1). Enfin, le Code Bustamante, dans son article 22, en a fait application aux personnes morales : « art. 22 : La notion, l'acquisition, la perte et la réacquisition du domicile général et spécial des personnes naturelles ou *juridiques* seront régies par la loi territoriale ».

Là encore on peut concevoir l'application de ce système aux personnes physiques à cause de leur matérialité, parce qu'il existe un fait matériel de résidence, de présence de l'individu sur le territoire d'un Etat, fait qu'il suffira de constater pour fixer le système législatif suivant lequel on appréciera le domicile.

Au contraire, une société présente un certain don d'ubiquité en ce sens qu'on peut relever, constater sa présence simultanément en plusieurs pays suivant les manifestations auxquelles on s'attache. Ainsi, une société a son centre d'exploitation en France, son conseil d'administration se réunit en Angleterre et les assemblées générales d'actionnaires aux Etats-Unis. Sa présence peut donc être cons-

50. — (2) Projet de M. Barbosa de Magalhaes présenté à la S.D.N. pour la codification progressive du droit international. Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la La Haye 1928.III, t. 23 p. 138, à la suite du cours fait par l'auteur sur : « la doctrine du domicile en droit intern. privé ».

51. — (1) Brocher : *Cours de Droit International Privé.* I, p. 219. J. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 430.

tatée dans trois pays. Quelle loi choisir pour déterminer les conditions du domicile ? On ne le saura précisément que lorsqu'on connaîtra ces conditions, c'est-à-dire la loi compétente. Là encore, la loi territoriale nous enferme dans un cercle vicieux et, en conséquence, ne peut conduire à une solution satisfaisante.

3e *système : l'autonomie de la volonté*

52. — Loiseau, se livrant à une analyse du domicile, a constaté qu'il se composait de deux éléments : un fait et une intention ; établissement en un certain lieu et intention d'en faire le centre de ses intérêts, le siège de sa fortune (1). Le fait et l'intention sont dans la pleine dépendance de la personne qui crée l'un et manifeste l'autre. C'est donc sur la volonté expresse de l'individu qu'il faut se pencher pour connaître la loi qui doit fixer les conditions de son domicile.

L'application de cette théorie à la qualification du domicile d'une personne morale conduirait à donner compétence à la loi du pays dans lequel les fondateurs de la société ont fixé le siège social statutaire. En effet, si l'on s'efforce d'interpréter leur volonté, on doit admettre que la fixation d'un domicile statutaire sur le territoire d'un Etat, qui répond au désir de placer la société sous la compétence législative de cet Etat, dénote à plus forte raison leur volonté de soumettre à tout le moins à cette loi la détermination des conditions du domicile. Pour raisonner sur un exemple, les tribunaux français, saisis d'un litige relatif à une société dont les fondateurs ont fixé le domicile statutaire en Angleterre, devraient apprécier, conformément à la loi anglaise, si cette fixation statutaire correspond véritablement à la réalité et si le domicile ainsi choisi représente réellement le centre des intérêts de la société.

Une telle solution nous semble parfaitement inapplicable. Déjà pour les individus elle a soulevé contre elle la quasi-unanimité de la doctrine. Pourtant, M. Levasseur (2) faisait remarquer, sans d'ailleurs se prononcer en sa faveur, qu'elle constituait l'application en matière de domicile du principe posé par M. Bartin, principe suivant lequel les solutions du droit international devraient être découvertes par la projection sur le plan international des institutions du droit interne. Or, en droit interne on tient compte dans une large mesure de la volonté de l'individu dans la détermination du domicile. En projetant cette solution sur le plan international, on devrait

52. — (1) Loiseau : *Du domicile comme principe de compétence législative*, thèse Paris 1893, p. 12.

52. — (2) Levasseur : *La détermination du Domicile en Droit. Intern. Privé français*, thèse, Paris 1931, p. 60.

être amené par conséquent à s'inspirer de la volonté du titulaire du domicile.

Cette conclusion ne nous semble pas rigoureusement exacte. Tout d'abord, il est faux qu'en droit français interne, la volonté des individus soit souveraine en la matière et qu'elle suffise, à elle seule, à fixer le domicile. Elle n'est prise en considération que dans la mesure où elle désigne un lieu qui coïncide avec le principal établissement qui demeure traditionnellement l'élément essentiel du domicile conformément au principe de l'unité du domicile auquel le droit français reste toujours très attaché.

D'autre part, le principe posé par M. Bartin, principe suivant lequel les solutions du droit international ne seraient que la projection sur le plan international des institutions du droit interne (3), nous semble très fortement sujet à caution. Que l'on puisse adopter en droit international les solutions données pour la détermination du domicile en droit interne, lorsqu'il s'agit d'une question de compétence juridictionnelle pour laquelle le droit international présente certaines analogies de nature avec le droit interne, on pourrait encore le concevoir, quoique, même pour des questions similaires, on voit apparaître sur le plan international des facteurs nouveaux liés à l'introduction de l'élément d'extranéité qui commandent de reviser les solutions données en droit interne. A plus forte raison, lorsque le domicile a pour but de servir de base à un règlement de conflit de lois, ne peut-on se contenter de projeter sur le plan international les solutions du droit interne, puisque le problème que l'on se propose de résoudre était ignoré de ce dernier.

En outre, il est inexact de ramener, comme le fait Loiseau, le domicile à un fait et à une intention. Sans doute, l'analyse de la notion de domicile révèle bien l'existence de cette dualité d'éléments, mais ils ne peuvent être pris en considération que lorsqu'ils ont été sanctionnés par la loi qui leur accorde leur importance respective. Or, ce que l'on recherche, c'est précisément cette loi. En soumettre la détermination à la volonté de l'individu ou des fondateurs de la personne morale conduirait à inverser le processus normal du raisonnement et à faire en conséquence œuvre illogique.

Enfin, si l'on s'attache plus spécialement aux sociétés commerciales, on s'aperçoit que le fait de confier au législateur du pays dans lequel les fondateurs de la société ont établi le siège social statutaire le soin de déterminer les conditions du domicile se heurte à des objections nouvelles.

52. — (3) BARTIN : *Principes de Droit International Privé*, t. I., par. 77, p. 191. « En Droit International Privé ou, plus précisément, dans le Droit International Privé Français, la loi normalement applicable à une relation juridique est celle que désigne l'esprit, en droit interne, de l'institution dans le fonctionnement de laquelle cette relation se produit. »

En effet, elle réduit tout d'abord à néant le contrôle que l'Etat peut désirer exercer sur le domicile des sociétés. Dans le but d'assurer ce contrôle, l'Etat a pu apporter certaines modalités à la définition du domicile de la société. Ces précautions s'avèreraient totalement inutiles s'il devait confier à un législateur étranger le soin d'apprécier les qualités que doit présenter le domicile social.

D'autre part, beaucoup plus que pour le domicile des individus, il faut prendre en considération les dangers de fraude ; or, admettre que les fondateurs pourront, en fixant dans un pays donné le siège social statutaire, entraîner la compétence législative de cet Etat en ce qui concerne la qualification du domicile est laisser la porte ouverte à la fraude. On arrive indirectement presque au même résultat que si on leur permettait de soumettre leur société à la loi de leur choix.

En effet, si l'on admet l'application du système de l'autonomie, on rend impossible l'application de la théorie de la fraude à la loi qui est un des buts essentiels que l'on cherche à atteindre en matière de sociétés. Les tribunaux français ne peuvent apprécier si le siège social a été fixé frauduleusement que si la détermination du domicile est elle-même soumise à la loi française. On pourrait bien chercher à appliquer les solutions données par la loi étrangère compétente à la fraude à la loi française, mais une semblable solution, outre qu'elle serait dépourvue de toute logique, ne donnerait certainement pas de bons résultats. En effet, les conditions posées par la loi anglaise pour la reconnaissance d'un domicile social ont pour but de protéger la législation anglaise des sociétés. Or, à raison du particularisme de chaque législation, les mêmes nécessités de protection ne se font pas sentir et, en voulant affecter les conditions prévues par l'une à la protection de l'autre, on risque d'arriver à l'incohérence qui se manifeste toujours lorsqu'on veut assembler les pièces de deux systèmes juridiques différents qui ne cadrent pas ensemble.

4^e^ système : la qualification du domicile doit être soumise à la loi compétente pour régir au fond le rapport de droit

53. — Ce système, dont les premiers linéaments ont été posés par Fiore et Albéric Rollin, ainsi que par M. H. Donnedieu de Vabres (1), a été repris par M. Levasseur qui en a dégagé toutes les conséquences.

53. — (1) LEVASSEUR, *op. cit.*, p. 93.
A. ROLLIN : *Principes de D.I.P.*, t. I, p. 650.
H. DONNEDIEU DE VABRES : *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflits de lois.* Thèse, Paris 1905.

Pour ces auteurs, il existe un lien étroit entre la notion de domicile et les conséquences qu'elle entraîne. C'est donc en fonction des effets que l'on se propose de faire produire au domicile qu'il faut le définir. M. Levasseur pose le principe suivant : « C'est à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit ou d'une qualité, ou qui résout par le recours à la loi ou au tribunal du domicile un conflit de lois ou de juridictions préexistant, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile ». Et M. Levasseur ajoute : « Si l'on veut résumer cette règle par une formule plus ramassée, nous dirons : c'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui, seule, doit en déterminer le lieu. »

D'ailleurs, alors que la plupart des auteurs que nous avons énumérés envisageaient seulement l'application de leur système au domicile des individus, M. Levasseur, s'attachant spécialement aux personnes morales, affirme qu'il faut suivre dans la détermination de leur domicile les mêmes règles que pour les personnes physiques. Il estime donc que, lorsqu'on se trouve en présence d'une société, il faut lui appliquer la loi appelée à régir l'effet du domicile et ne pas s'en tenir nécessairement à la *lex fori*. Le fait que le domicile de la société peut lui tenir lieu de nationalité ne doit pas faire assimiler le conflit de lois à celui qui s'élève sur la détermination de la nationalité. En effet, ce qui justifie en pareil cas la prééminence de la *lex fori*, c'est l'importance politique du lien qui rattache l'individu à l'Etat ; or, c'est précisément l'absence de cette importance politique dans le lien qui rattache à l'Etat la société qui permet de douter qu'elle ait véritablement une nationalité et qui, en tous cas, ôte toute raison d'être à l'application obligatoire et sans exception de la *lex fori* à la détermination du domicile des personnes morales.

Justifiant ainsi l'application de son système aux personnes morales, M. Levasseur analyse quelques espèces de jurisprudence française qui, à son avis, ne contredisent en rien son opinion et ne préconisent pas l'adoption d'un système particulier pour la détermination du domicile des personnes morales, et plus particulièrement des sociétés de commerce.

Ce système de M. Levasseur est loin d'être convaincant. Tout d'abord, même pour les individus, il ne nous semble pas satisfaisant, car il contient en lui-même un vice capital suffisant pour l'ébranler et qui consiste dans son manque de logique. D'autre part, même si on l'admettait pour les personnes physiques, cela ne saurait suffire à justifier son extension automatique aux sociétés comme le fait M. Levasseur en se fondant sur des arguments qui ne nous paraissent pas décisifs. Enfin, à notre sens, l'examen de la jurisprudence française ne peut permettre de dégager des conclusions en faveur de cette théorie.

Tout d'abord, la solution qui consiste à soumettre la question de la détermination des conditions du domicile à la loi qui doit en régir les effets présente, à notre sens, l'inconvénient majeur de renverser la marche normale du raisonnement. Comme le fait remarquer fort justement M. Niboyet (2), le système de M. Levasseur renverse l'ordre des facteurs et met l'effet à la place de la cause. D'ailleurs, pratiquement le système n'est applicable que dans la mesure où la loi qui commande l'effet du domicile est elle-même complètement indépendante de ce concept. Cela se produit fréquemment pour les individus chez lesquels la loi du domicile a un domaine d'application beaucoup moins étendu que pour les personnes morales. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une société, puisque la presque totalité de leur activité est elle-même régie par la loi du domicile, c'est cette dernière qui sera précisément appelée dans la presque totalité des cas à régir les effets du domicile. Dans ces conditions, faire appel à elle nous conduirait à une impasse parce que elle n'est déterminée d'une façon précise que lorsqu'on a pu localiser le domicile.

M. Levasseur repousse, même pour les sociétés, l'application de la *lex fori,* parce que l'importance politique du lien qui unit la société à l'Etat, importance politique qui seule peut justifier la prééminence de la *lex fori,* fait ici totalement défaut.

Nous ne pensons pas qu'il faille aboutir à une conclusion aussi brutale. Sans doute nous avons reconnu et affirmé nous-mêmes qu'en matière de conflits de lois le lien d'allégeance qui unit la société à un système juridique ne présentait pas le même caractère politique que dans les matières relatives à la condition des étrangers, mais on ne saurait en conclure que la notion de politique en est complètement absente. La défense par nos tribunaux de notre système juridique constitue au contraire un élément non négligeable de la politique de l'Etat à l'égard des sociétés. Sans doute, à l'époque où M. Levasseur affirmait son opinion, pouvait-on encore se bercer d'illusions quant au triomphe possible d'une communauté juridique internationale. Mais, depuis, l'échec des Conférences et des Congrès relatifs à l'unification du droit et la tendance sans cesse accentuée vers un particularisme juridique de plus en plus affirmé nous contraignent à limiter nos ambitions à un but plus modeste et à rechercher avant tout un système qui défende les intérêts français. Dans la lutte d'influences qui se déroule chaque jour sous nos yeux, le système juridique français a besoin d'être défendu, et notre droit des sociétés autant que les autres branches. C'est la raison pour laquelle il faut se tourner vers la *lex fori.*

53. — (2) NIBOYET : *Traité de D.I.P.*, 2e éd., t. I, p. 568, note 1.

Section II

LE SYSTÈME PROPOSÉ : APPLICATION DE LA *LEX FORI*

54. — Nous pensons, avec de nombreux auteurs, que c'est à la *lex fori* qu'il appartient de déterminer la qualification du domicile (1), et ceci pour une double raison : parce que la détermination des conditions que doit remplir le domicile social nous semble un problème de qualification et parce que la *lex fori* est la seule compatible avec la sauvegarde des intérêts nationaux et le respect de la souveraineté.

1° *Le problème de la détermination des conditions du domicile social est un problème de qualification*

M. Niboyet a contesté dans la 2e édition de son Traité de Droit International Privé (2) que nous nous trouvions en présence d'un problème de qualification. M. Niboyet fait à ce sujet une distinction entre les hypothèses abstraites et les cas concrets. Le concept de domicile, déclare-t-il, se rattache certainement à une idée de qualification lorsqu'on se demande ce qu'est de façon abstraite un domicile. Mais dès lors que l'on descend dans le concret et que l'on veut déterminer dans chaque cas le pays dans lequel un individu a son domicile, la question change tout à fait d'orientation.

A notre sens, cette distinction a quelque chose d'arbitraire, car les tribunaux ont toujours à statuer dans des hypothèses concrètes. Lorsqu'ils ont à se demander ce qu'est un domicile, c'est toujours pour en faire application à un individu. Inversement, dans le cas qui nous préoccupe, nous somme bien en présence d'un cas concret, mais par la multiplicité des solutions identiques, la jurisprudence arrive à dégager des règles générales qui prennent alors un caractère abstrait.

Toutefois, il faut bien reconnaître qu'il y a dans la distinction faite par M. Niboyet une idée qui est extrêmement juste. Dans les deux cas on se trouve en effet en présence d'une question préalable à la détermination de la loi applicable. Mais lorsqu'il s'agit d'une

54. — (1) V. notamment en ce sens : Arminjon, *Précis* 2e éd., t. II nos 14 et s. — Pillet, *Traité pratique*, t. I, n° 146. — Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4e éd. n° 323. — Mahaim, *Rapport à l'Institut de Droit international* (Annuaire de Droit International, t. 36, vol. 1, p. 492 et s.).

54. — (2) Cf. Niboyet. *Traité*, t. I, 2e éd. 1947, n° 515 p. 566. M. Niboyet envisage d'ailleurs en l'occurrence le domicile des personnes physiques.

qualification ordinaire, elle est préalable à la fois à l'affirmation du principe de compétence de la loi du domicile et à la localisation de ce domicile. En effet, lorsque l'on a à qualifier le groupement, à déterminer par exemple si l'on est en présence d'une société ou d'une association, la qualification est préalable à la découverte du principe de solution de conflits de lois. C'est ce que veut dire M. Niboyet lorsqu'il dit que la qualification est préalable à la détermination « abstraite » de la loi compétente. Par contre, la qualification du domicile, telle qu'elle se présente à nous, n'intervient qu'après le fonctionnement du système de solution de conflits de lois.

Ce système a désigné comme loi compétente la loi du domicile, et il s'agit de qualifier le domicile afin de désigner l'État sur le territoire duquel il se trouve. Les deux questions se posent donc à un moment différent dans le processus du raisonnement, la qualification du domicile supposant que celle du groupement est déjà résolue et que le système de solution de conflit de lois mis en œuvre a attribué compétence à la loi du domicile de la société.

Mais on ne saurait, à notre avis, en déduire qu'il existe une différence de nature entre les deux problèmes. La seule différence provient du fait que l'objet que l'on se propose de qualifier n'est pas le même, et surtout qu'il joue un rôle différent dans le rapport de droit envisagé. Dans le premier cas, on veut qualifier l'institution qui est l'objet même du litige ; dans le second cas, au contraire, la qualification porte sur le lien de rattachement. Mais dans les deux hypothèses, le problème est de l'essence des qualifications et apparaît comme la conséquence du particularisme des législations internes.

Le conflit de lois relatif à la détermination des conditions du domicile est donc bien un conflit de qualifications. Comme les qualifications sont soumises traditionnellement à la *lex fori* en vertu d'arguments décisifs qu'a développés M. Bartin (3) et qu'il ne nous appartient pas de développer ici, car ils dépasseraient le cadre de cette étude, c'est également à la *lex fori* qu'il faut soumettre la détermination du domicile.

Toutefois, pour M. Bartin lui-même, toutes les qualifications ne dépendent pas de la *lex fori*. « Lorsque la loi applicable est connue, déclare-t-il, c'est bien évidemment de cette loi seule, désormais compétente par application du système de qualification de la *lex fori*, que dépendront, pour le groupe de dispositions qu'elle est appelée à régir, toutes les définitions que nécessite la solution du

54. — (3) Bartin. *Principes de Droit International Privé*, t. I, par. 85, p. 221 et s.

litige. » Dans ce cas, M. Bartin estime que la souveraineté de l'État dont relève le juge saisi se désintéresse par là même de ces définitions et les abandonne à la loi étrangère.

Ces qualifications qui ne sont pas préalables à la détermination de la loi compétente, M. Bartin les appelle des qualifications en sous-ordre. Or, certains auteurs, comme M. Levasseur, voient dans la détermination des conditions du domicile une de ces qualifications en sous-ordre, ce qui leur permet d'écarter en ce domaine la compétence de la *lex fori* sans heurter les principes traditionnellement admis de qualifications.

Cette solution peut, à notre avis, présenter un certain intérêt dans les matières où le domicile ne joue qu'un rôle subsidiaire et où sa détermination ne se pose que d'une façon incidente. Ce peut être le cas pour les individus, surtout dans les questions de nationalité et de condition des étrangers, et même, parfois, dans les problèmes de conflits de lois, car l'empire de la loi du domicile est pour eux relativement restreint.

Au contraire, en matière de sociétés, il faut distinguer trois problèmes de qualifications possibles qui interviennent à des moments différents. Il y a tout d'abord la question de la qualification du groupement qui se pose la première et qui est préalable à la détermination de la loi applicable. C'est un véritable problème de qualification. Puis, une fois le groupement défini, une fois la loi qui doit le régir déterminée, une autre question de qualification peut se poser ; par exemple, la responsabilité d'un administrateur de la société est mise en jeu. Il peut y avoir lieu de qualifier cette responsabilité, d'apprécier si l'on se trouve en présence d'une action sociale, d'une action individuelle ou d'une action sociale *ut singuli*. C'est là véritablement une qualification en sous-ordre qui doit en principe être soumise à la loi de la société et non à la *lex fori*. La qualification du domicile ne doit pas être assimilée à cette dernière. Elle occupe, en effet, une place intermédiaire entre les deux qualifications sus-énoncées en ce sens que, postérieure à la détermination théorique de la loi applicable, elle demeure préalable à sa détermination pratique.

Dans ces conditions, l'argument de M. Levasseur, tiré du fait que la qualification du domicile serait une qualification en sous-ordre nous semble inexact. Nous sommes en présence d'un véritable problème de qualification qui, comme tel, doit être soumis à la *lex fori*, d'autant plus que la compétence de cette dernière est dictée par le caractère souverain de chaque règle nationale de conflit.

2° *La* lex fori *est la seule compatible avec la sauvegarde des intérêts nationaux et le respect de la souveraineté*

55. — Nous avons déjà eu l'occasion d'affirmer qu'à l'heure où le particularisme juridique de chaque État s'accentue, il nous semble plus utile de rechercher des solutions conformes aux intérêts nationaux que d'édifier des systèmes universalistes qui demeurent dans le domaine de l'utopie. C'est pourquoi il faut envisager la solution du conflit de qualifications à la lumière des intérêts français.

En notre matière, le système français de solution de conflits est tout entier orienté contre la fraude des sociétés qui tentent d'échapper à l'empire de la loi française. Pour cette raison, notre jurisprudence a élaboré tout un système du domicile fictif. Elle a réussi précisément à vaincre la fraude en fixant un certain nombre de conditions strictes et en considérant que les sociétés qui, pour la fixation de leur siège social, ne s'y sont pas conformées ont été constituées en fraude à la loi française. Par ces exigences, la jurisprudence a réussi à créer un système cohérent et efficace. Pour juger de son efficacité, il suffit d'ailleurs de se référer à la raréfaction des litiges relatifs aux conflits de lois en matière de sociétés depuis son édification.

Seulement, ce système n'est viable que si les tribunaux français apprécient toujours, selon la loi française, ou selon le système juridique français, puisqu'il s'agit ici surtout d'une construction jurisprudentielle, quelles sont les conditions du domicile, autrement dit si la qualification du domicile est toujours laissée à la *lex fori*.

Comment en effet mettre en jeu la théorie de la fraude à la loi si l'on confie à un système juridique étranger le soin d'apprécier les conditions du domicile et, notamment, l'absence de caractère frauduleux ? Dans ce cas, ce que l'on appréciera, ce sera s'il y a fraude à la loi étrangère compétente pour qualifier le domicile. Or, un tel problème n'intéresse pas les tribunaux français et ne sauvegarde pas les intérêts français. Ce qu'il faut assurer, c'est le respect de notre propre système juridique et non celui d'une quelconque loi étrangère.

D'autre part, le fait d'abandonner à une législation étrangère le règlement de la qualification du domicile social constituerait de la part de l'autorité française une autolimitation injustifiée de sa souveraineté. Sans doute, il est souhaitable que, dans certaines hypothèses, l'État abandonne des parcelles de sa souveraineté et reconnaisse sur son territoire une certaine compétence à la loi étrangère, sinon il n'y aurait pas de Droit International Privé, et, effecti-

vement, soit pour des raisons idéologiques, soit pour des motifs d'intérêts qui lui sont propres, chaque État fait une place plus ou moins grande à la loi étrangère dans la solution des litiges qui naissent sur son sol. Mais il ne doit le faire que lorsque la compétence de la loi étrangère est vraiment opportune. Or, ici, en confiant à la loi étrangère la solution de la qualification, il permettrait son immixtion dans son propre droit interne, lui permettrait de jeter à bas toutes les garanties qu'il a pu édifier pour consolider sa politique dans le domaine des sociétés, sans recueillir en échange d'avantages substantiels lui permettant de compenser les méfaits d'un tel sacrifice.

Dans ces conditions, que l'on envisage le problème du point de vue juridique pur ou que l'on tienne compte en se plaçant sur le plan sentimental des intérêts de notre pays, on s'aperçoit que seule la *lex fori* peut régler d'une façon satisfaisante la qualification du domicile social. Dans cette conclusion, nous nous rencontrons avec la jurisprudence française. En effet, bien que certains auteurs aient cru trouver dans certains arrêts la justification d'un système différent (1), il suffira d'examiner quelques décisions jurisprudentielles pour se rendre compte, à leur lumière, que nos juridictions sont toujours demeurées attachées à la *lex fori* dans la solution du conflit de qualifications.

Il convient de montrer tout d'abord que les arrêts que M. Levasseur invoque à l'appui de sa thèse, d'après laquelle la loi compétente pour déterminer la qualification du domicile social serait la loi appelée à en régir les effets, ne font au contraire, à notre avis, que consacrer l'application de la *lex fori*, car ils ne se réfèrent jamais à la législation étrangère et se bornent à appliquer leur propre conception du domicile. C'est ainsi que, le 26 janvier 1883, la Cour d'Aix décidait que « l'établissement d'une agence crée, pour une société, une sorte de domicile spécial attributif de juridiction aux tribunaux du lieu dans lequel elle est établie, mais cette compétence exceptionnelle n'existe que pour les contestations qui naissent du fonctionnement de l'agence elle-même ». Dans cet arrêt, ce que la Cour d'Aix appliquait, c'était essentiellement la conception française de la succursale et, par conséquent, dans la définition du domicile et de la succursale, elle se référait à la *lex fori* à l'exclusion de tout système juridique étranger. Et lorsqu'elle ajoutait : « Dans le vrai sens du terme employé par l'art. 59 C. Pr., la résidence n'est qu'une habitation de fait, n'ayant ni la fixité, ni la durée, ni l'importance nécessaires pour constituer un domicile, ce qui implique que, pour un être moral, il ne peut y avoir, à propre-

55. — (1) Cf. LEVASSEUR, *op. cit.*, p. 206-207.

ment parler, de résidence distincte du domicile », ce qu'elle donnait c'était sa propre interprétation des textes français. Si la Cour de Cassation décida de casser cet arrêt, ce n'était pas parce que la Cour d'Aix avait apprécié le domicile d'après la loi française, mais parce qu'elle estimait que l'interprétation qu'elle avait donnée de la loi française était erronée (2).

Les autres arrêts cités par M. Levasseur nous semblent susceptibles comme celui-là d'infirmer et non de confirmer la thèse qu'il défend. Dans tous les cas, en effet, les tribunaux ne tiennent aucun compte de la qualification que peut donner un système juridique étranger.

C'est ainsi que le tribunal de commerce de la Seine dans son jugement du 3 mai 1899 dans l'affaire de l'Atmospheric Nitrogen Cie Ltd (3) tient compte uniquement de la qualification française du domicile, alors même qu'il en déduit le caractère étranger de la société. « La nationalité d'une société, déclare-t-il, se déterminant par le lieu où elle a véritablement et effectivement son siège social, on peut considérer comme étrangère une société, encore que les actionnaires soient en majeure partie des citoyens français et qu'elle ait pour objet la mise en valeur dans une usine française d'un procédé d'origine française, alors que la société a son siège social à l'étranger, que le conseil d'administration se réunit à l'étranger... ». C'est donc du système français de détermination du domicile fondé sur le principal établissement que ce jugement tient compte pour décider que l'on se trouve en présence d'une société anglaise. On pourrait donner de bien d'autres décisions une analyse analogue qui montre que, dans tous les cas, le juge français se réfère à sa propre qualification du domicile (4).

56. — Toutefois, il est permis de se demander si l'application systématique de la lex fori que nous constatons dans la jurisprudence et que nous avons nous-mêmes prônée n'est pas susceptible de présenter parfois des dangers et si, en conséquence, il ne serait pas utile d'admettre quelques exceptions.

Les partisans de l'application de la lex fori dans la qualification du domicile ont été obligés d'admettre pour le domicile des individus une exception au cas de qualification après renvoi. Il peut se

55. — (2) Cour d'Appel d'Aix 26 janvier 1883 et Cassation 4 mars 1885. D. 1885.1.353. S. 1885.1.169.

55. — (3) Clunet 1900, p. 802.

55. — (4) Trib. civ. Seine 13 avril 1877, Clunet 1880, p. 393. Cass. 21 juin 1880, D. 1880.1.465. Trib. Corr. Seine 10 février 1881, Clunet 1881, p. 158. Cour de Paris 12 mai 1881, Clunet 1882, p. 317. Trib. Comm. Seine 27 août 1891, Clunet 1891, p. 1241. Cour de Paris 29 mars 1907, Clunet 1907, p. 768. Cour d'Aix 6 juillet 1908, Revue de Droit Intern. Privé 1909, p. 882.

faire en effet que, par suite de la divergence entre la loi française et la loi étrangère sur la définition du domicile, le juge français ait décidé d'après la lex fori que le domicile de l'individu se trouvait sur le territoire étranger, alors que d'après la conception que la loi étrangère se fait du domicile, il faille le situer dans un autre pays. Dans ces conditions, sur la base de cette qualification différente, on a pu être amené à donner compétence à une législation étrangère, dans une hypothèse où cette loi elle-même ne se reconnaît pas compétente. Dans cette hypothèse, la jurisprudence admet que, une fois le principe du renvoi admis, c'est la loi renvoyante qui détermine et définit ce qu'elle entend par domicile et qui le fait exclusivement sans tolérer la moindre ingérence d'une autre loi quelconque. Il y a donc là une exception manifeste au principe de la compétence de la Lex Fori dans la qualification du domicile.

D'après M. Niboyet, le domicile étant une vice-nationalité, un individu ne pourrait avoir un domicile sur le territoire d'un Etat que si la loi de cet Etat le lui reconnaît. Ainsi la loi de chaque Etat devant être, à cet égard, réputée seule maîtresse sur son territoire, il n'appartient pas à un tribunal français de décider qu'un individu a un domicile en pays étranger. Tout ce qu'il peut faire c'est déclarer que l'individu a un domicile en France ou le lui dénier (1).

Or, en matière de sociétés, il semble que la jurisprudence aille beaucoup plus loin, qu'elle attribue aux sociétés un domicile étranger et que, rompant avec les règles traditionnelles admises en matière de renvoi, elle impose sa qualification aux systèmes juridiques étrangers et attribue à la Lex Fori un domaine d'application exclusif.

M. Niboyet, parmi les critiques qu'il adressait à la nationalité des sociétés mentionnait précisément la différence qui existe dans la technique de la détermination de la nationalité des individus et de celle des sociétés, les tribunaux français attribuant à des sociétés la nationalité d'un pays qui ne la leur reconnaît pas. Si l'on substitue à la notion de nationalité faussement attribuée aux sociétés celle de domicile, ne rencontre-t-on pas la même anomalie ?

57. — En réalité la différence nous semble plus apparente que réelle et il apparaît que l'application exclusive de la lex fori ne va pas à l'encontre de la souveraineté des Etats parce que, pratiquement, dans la détermination du domicile des sociétés, il ne se présente pas d'hypothèses de renvoi.

En effet dans la presque totalité des cas dans lesquels les tribunaux français ont à statuer sur la détermination de la loi applicable aux sociétés de commerce, l'espèce se présente de la façon

56. — (1) NIBOYET : *Existe-t-il vraiment une nationalité des Sociétés?* Revue de Droit Intern. Privé 1927, p. 402-417.

suivante : Une société constituée conformément aux lois d'un pays étranger prétend que l'adoption par elle de la loi étrangère se justifie par le fait que son domicile est situé sur le territoire de cet État étranger. Le tribunal français va apprécier si le siège social à l'étranger est bien réel et non frauduleux. Si le siège social lui semble frauduleux, il prononcera la nullité de la société en France comme contraire aux dispositions de la loi française. Dans ce cas, tout ce qu'il peut y avoir, c'est un conflit positif entre les deux lois et, dans la solution du conflit positif, le système français de solution de conflits de lois n'a pas à tenir compte des desiderata de la loi étrangère. D'ailleurs la souveraineté respective des deux États n'est pas atteinte, car la nullité édictée par la loi française ne dépassera pas les limites du territoire français. Au contraire, il se peut que les tribunaux français reconnaissent que le siège social fixé à l'étranger représente réellement le centre des intérêts de la société, et dans ce cas, ils n'imposeront pas à la loi étrangère sa compétence contre son propre gré, mais se borneront à constater une situation acquise. En effet si la société est valable, c'est que la loi étrangère l'a admise dans son obédience et par conséquent a reconnu sa propre compétence.

Or, à ce sujet chaque système législatif se montre très libéral. Ce sur quoi il se fonde pour apprécier la validité de la société, c'est la réunion des conditions de fond qu'il exige. Lorsqu'une société vient soumettre spontanément son statut à une législation, celle-ci ne se préoccupe guère de vérifier si le siège social se trouve bien réellement sur son territoire.

On peut donc dire qu'en cette matière le domaine du renvoi est à peu près inexistant par suite du caractère en quelque sorte unilatéral du système du siège social frauduleux, caractère unilatéral qui provient de ce qu'il est une application de la théorie de la fraude à la loi. On se sert de la notion de fraude pour ramener sous l'empire de la loi française des sociétés qui tentent d'y échapper, mais non pour exclure des groupements qui se soumettent volontairement à notre propre législation, même s'ils n'ont en France qu'un domicile fictif.

La plupart des systèmes juridiques utilisant comme nous, la fraude dans un sens unique, il est très facile de comprendre que l'on se trouve presque toujours en présence, non pas de conflits négatifs, mais de conflits positifs qui ne font pas obstacle à l'application de la Lex Fori.

Dans ces conditions l'exception tirée du renvoi étant ici inopérante, il semble qu'il n'y ait qu'une hypothèse dans laquelle il faille écarter la compétence de la lex fori. C'est le cas où une convention diplomatique est intervenue. En effet lorsque le conflit

de lois sur la détermination du domicile apparaît comme une question d'interprétation d'une convention internationale, le juge ne doit pas se borner à appliquer la lex fori, mais il doit rechercher s'il n'existe pas dans le traité, de définition du domicile social qui résulte de la volonté commune des Hautes Parties Contractantes. Dans l'affirmative c'est cette définition commune qui devra lui servir de guide dans la recherche du domicile social. En effet dans cette hypothèse, chaque État signataire a renoncé dans ses rapports avec les autres parties au traité à se prévaloir de sa propre qualification du domicile pour se rallier à la qualification dégagée par la volonté concordante de tous les signataires.

Mais sous réserve de cette exception qui ne jouera que dans peu de cas, de semblables traités étant à notre connaissance très rares, c'est toujours à la lex fori qu'il faudra s'adresser. C'est donc, dans la définition française du domicile social que nos juridictions trouveront les éléments d'appréciation qui leur permettront de localiser le domicile. C'est sur ce système français de qualification du domicile social qu'il nous faut maintenant nous pencher.

CHAPITRE II

LA DÉTERMINATION DU DOMICILE SOCIAL PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

58. — Le système français de qualification du domicile social est à la fois l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence françaises. L'effort de la jurisprudence a consisté à adapter en tenant compte de l'évolution du commerce international des textes qui étaient doublement inadéquats, puisqu'ils visaient d'une part le domicile des individus, et que d'autre part, ils ne l'envisageaient qu'en tenant compte des préoccupations du droit interne.

Le Droit français a toujours été très attaché au principe de l'unité de domicile. Ce principe trouve d'ailleurs son essence dans la conception traditionnelle française d'après laquelle l'analyse du domicile relève l'existence d'une dualité d'éléments : d'une part, la volonté de s'établir en un lieu et, d'autre part, existence en ce lieu du principal établissement de l'individu. La volonté n'étant prise en considération que lorsqu'elle est corroborée par le principal établissement, on peut dire que c'est cette dernière notion qui prédomine et constitue véritablement la base du domicile.

Aussi est-ce en se fondant sur l'idée de « principal établissement » que les juridictions et la doctrine se sont efforcées de localiser le domicile de la société. Toutefois, il leur a fallu adapter cette notion trop rigide aux nécessités du commerce international qui ne cadraient pas toujours avec le principe de l'unité de domicile du droit français. La jurisprudence s'est trouvée en cette matière prise entre deux considérations contraires qu'il lui a fallu concilier : d'une part faciliter au maximum les transactions commerciales internationales en consacrant un critère de localisation suffisamment souple pour ne pas les entraver, et, d'autre part éviter que cette souplesse ne soit génératrice d'abus et de fraudes.

La nécessité d'opérer une conciliation aussi délicate explique les tâtonnements de la jurisprudence et la dispersion de la doctrine. Aussi ne faut-il pas s'étonner des vicissitudes qu'elles ont traversées avant d'arriver à édifier un système cohérent qui donne satisfaction à tous les intérêts en présence.

Ces vicissitudes s'expliquent également par la dualité de la tâche à entreprendre. Il n'a pas suffi en effet à la jurisprudence de fixer le lieu qui représenterait le domicile social et de dégager la prééminence du siège social. Elle a dû encore poser un certain nombre d'exigences, de conditions que devrait remplir le siège social afin de décourager les velléités de fraude. C'est de ce double aspect de l'œuvre jurisprudentielle qu'il faut rendre compte en étudiant successivement le principe de la compétence de la loi du siège social, puis les caractères que doit remplir ce dernier pour fonder la compétence législative.

Section I

LE PRINCIPE DE LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL

59. — La localisation du domicile de la société du lieu du siège social ne s'est dégagée que lentement en jurisprudence et l'on peut sans risquer d'encourir le reproche de trop systématiser, distinguer deux étapes principales dans l'élaboration de la règle de compétence législative.

De 1868 à 1890 nos tribunaux hésitent entre le siège social et le centre d'exploitation. On assiste alors à une lutte d'influences entre ces deux critères éventuels de détermination de la compétence législative, chacun pouvant se prévaloir d'aptitudes différentes. L'équilibre numérique est tel entre les différents arrêts favorables à l'un ou à l'autre critère que l'on ne peut noter de préférence marquée pour l'un d'entre eux.

Puis à partir de 1890, l'équilibre se rompt. Le centre d'exploitation voit décroître le nombre de ses partisans et la jurisprudence admet de plus en plus la primauté de la loi du siège social. On assiste alors à l'affirmation maintes fois réitérée du principe que la société est régie par la loi du pays sur le territoire duquel elle a son siège social.

1°) *La lutte entre le siège social et le centre d'exploitation*

C'est le centre d'exploitation qui semble avoir eu le premier les faveurs des tribunaux. En effet, dès 1868, des arrêts y virent le centre des intérêts de la société et le considérèrent en conséquence comme le principal établissement auquel il convenait de localiser le domicile social.

Dans son remarquable ouvrage sur « Les Personnes Morales en Droit International Privé », Pillet fait même remonter à une date antérieure la prise en considération du centre d'exploitation par la Jurisprudence. Il voit en effet dans la solution donnée par la Chambre civile de la Cour de Cassation dans son arrêt du 31 mai 1948 une application de ce système (1). Cette interprétation nous semble sujette à caution, car en l'espèce, la Cour de Cassation n'avait pas à trancher directement la question de la détermination du domicile social, et, dans ces conditions, la solution qu'elle donne sur ce point perd beaucoup de son autorité.

C'est plutôt dans un jugement du Tribunal Civil de Saint-Etienne du 30 décembre 1868 qu'il faut saluer l'apparition du centre d'exploitation comme critère de détermination de la loi applicable (2) jugement qui fut d'ailleurs cassé par la Chambre Civile qui, dans un arrêt du 20 juin 1870 se prononce au contraire en faveur du siège social. Néanmoins, en dépit de cette hostilité manifestée par la Cour Suprême, le Tribunal Civil de la Seine, dans un jugement du 2 mars 1880 et la Cour de Douai, dans un arrêt du 3 août 1882, demeurent fidèles à la solution consacrée par le Tribunal de Saint-Etienne (3). Un autre jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 10 février 1881, sans consacrer aussi explicitement que les précédents, le système du centre d'exploitation lui fait néanmoins, comme le remarque Pillet, une assez large concession (4).

En doctrine, peu d'auteurs se sont prononcés en faveur du centre d'exploitation. On ne peut guère citer que Lyon-Caen et Renault qui lui soient favorables. « Il semble naturel, déclarent-ils

59. — (1) PILLET, *op. cit.*, p .154 n° 93, rapporte l'arrêt de la chambre civile du 31 mai 1848. Enregistrement c/ héritiers Taphinon (S. 1848.1.444) Il s'agissait en l'espèce de savoir si le legs fait par un Français d'actions d'une société établie en France, mais ayant pour objet l'exploitation d'un chemin de fer situé en Italie, était affranchi du droit proportionnel d'Enregistrement. La Cour de Cassation répondit par l'affirmative, mais en fondant son argumentation sur le fait que les actions constituaient juridiquement des droits inséparables du pays d'exploitation. Elle ne statuait donc pas directement sur la localisation du domicile social.

59. — (2) Trib. civ. St-Etienne et Cass. Civ. 20 juin 1870 (S. 1870.1.373). Ces deux décisions rendues à propos de l'affaire de la Société du Débarcadère de Cadix s'appuient sur des motifs opposés. Trib. de St-Etienne : « Attendu que le but de la société était de réaliser des bénéfices par son exploitation à Cadix, que ces bénéfices seront donc acquis à l'étranger par des travaux effectués en Espagne ». Cass. « Attendu que la société a fixé son siège social à St-Etienne et que c'est à ce siège qu'elle émet, répartit et négocie ses parts ou actions au porteur ».

59. — (3) Trib. civ. Seine 2 mars 1880, Clunet 1880, p. 195. Cour de Douai 3 août 1882, Clunet 1882, p. 413.

59. — (4) Trib. Com. Seine 10 février 1881, Clunet 1881, p. 158.
Ce jugement tient compte à la fois du siège social et du centre d'exploitation.

de penser que le législateur a fait ses lois pour les sociétés qui fonctionnent dans le territoire sur lequel il exerce son pouvoir » (5).

60. — C'est donc un succès éphémère et tout relatif qu'a rencontré le centre d'exploitation considéré comme fondement du domicile social. L'abandon de la jurisprudence et la désaffection de la doctrine se justifient d'ailleurs par les inconvénients de ce système.

Tout d'abord, il est très douteux que le centre des intérêts de la société puisse être localisé au centre d'exploitation. En effet, c'est seulement l'élément technique de la société qui travaille en ce lieu. Les techniciens ne font qu'exécuter les ordres qui leur sont donnés par la direction de l'entreprise et se trouvent dans cette mesure dans un état de subordination. Dans ces conditions l'impulsion donnée à l'entreprise a son point de départ non au centre d'exploitation, mais au lieu où se réunit l'élément directorial qui détient les leviers de commande, c'est-à-dire au siège social.

D'autre part, indépendemment de cette controverse sur l'importance respective de ces deux éléments, d'autres raisons peuvent permettre d'écarter le centre d'exploitation de la détermination de la loi applicable. Ce sont les difficultés pratiques souvent insurmontables auxquelles se heurte parfois son utilisation.

En effet le centre d'exploitation peut ne pas être unique. A mesure que le commerce international se développe, on se trouve de plus en plus fréquemment en présence de sociétés qui exercent leur activité simultanément sur le territoire de plusieurs pays. Sans doute, dans la majorité des cas, l'importance respective de ces différents centres d'exploitation ne sera pas égale de telle sorte qu'on se réfèrera au plus important d'entre eux pour déterminer le statut de la société. Toutefois cela entraînera la nécessité d'une évaluation préalable de l'importance respective des différents sièges d'exploitation, d'où complication supplémentaire et, surtout, il pourra se faire que l'activité de la société soit répartie à peu près également entre plusieurs pays et dans ce cas il sera difficile, sinon impossible de faire entre eux un choix qui se justifie rationnellement.

La difficulté n'est pas moindre lorsque la pluralité des centres d'exploitation se manifeste dans le temps. C'est le cas par exemple des sociétés dont l'objet est la construction de ports ou de voies ferrées et dont le centre d'exploitation se déplace d'un pays à l'autre suivant la situation géographique des travaux à effectuer. Fonder, pour de telles sociétés, le critère de détermination de la loi

59. — (5) LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de Droit Commercial*, 3e éd., t. II, 2, 1929, n° 1167, p. 1027.

applicable sur le centre d'exploitation, les obligerait à changer de statut toutes les fois que le pays dans lequel elles effectuent leurs travaux change. Ne paraît-il pas absurde d'obliger une société dont l'objet demeure constant à emprunter successivement la législation de tous les pays d'Europe pour l'unique raison que son centre d'exploitation se déplace ?

Présentant le double inconvénient de ne pas être unique et de manquer de permanence, le centre d'exploitation était donc doublement inadéquat. Dès 1890, la jurisprudence l'abandonna en tant que critère de détermination de la loi applicable. Toutefois cet abandon ne fut pas total en ce sens que les arrêts en tinrent compte lorsqu'il coïncidait avec le siège social pour appuyer la réalité de ce dernier et. d'autre part, quelques arrêts isolés lui demeurèrent fidèles (1).

Toutefois, s'il ne disparut pas complètement, il passa au second plan dans l'esprit des auteurs et des juges, perdant ainsi la prééminence au profit du siège social.

2°) *Le triomphe du siège social*

61. — Dès 1857, plusieurs arrêts avaient déjà localisé au siège social le domicile de la société (1). A partir de 1890, ce sont toutes les décisions qui se prononcent en sa faveur et rarement pareille unanimité a pu être enregistrée tant dans la jurisprudence française que dans la jurisprudence étrangère.

Nos tribunaux ont eu maintes fois l'occasion d'affirmer la compétence de la loi du siège social, dans les espèces les plus diverses. C'est ainsi qu'ils apprécient la personnalité morale de la société en fonction de la loi du siège social (2). Ils s'y réfèrent également pour toutes les questions relatives à la constitution et au fonctionnement de la société (3) et notamment à leur publicité (4).

60. — (1) Un jugement du Tribunal corr. de la Seine du 2 mars 1905 (Revue de Droit Intern. Privé 1905, p. 530) confirmé par la Cour d'Appel de Paris le 2 mars 1906 (Revue de Droit Intern. Privé 1906, p. 764) voulant favoriser la libre initiative des particuliers, laisse aux fondateurs le soin d'opter entre le siège social et le centre d'exploitation.

61. — (1) Cour de Bordeaux 11 août 1857 (D. 1858.2.60). Civ. 20 juin 1870 précité. Req. 14 février 1872 (S. 1872.1.321). Req. 16 juin 1885 (S. 1885.1.251). Lyon 7 janvier 1881 (S. 1881.2.25). Chambéry 25 mai 1883 (Clunet 1884, p. 192). Paris 26 juil. 1886 (Clunet 1888, p. 668).

61. — (2) Douai 1er déc. 1880 (Clunet 1882, p. 317); Cass. 12 juin 1893 (Clunet 1893, p. 1204).

61. — (3) Cass. Req. 14 févr. 1872 (S. 1872.1.321); Lyon 7 janvier 1881 (S. 1881.2.25); Chambéry 25 mai 1883 (Clunet 1884, p. 192); Trib. Correct. Seine 20 juin 1883 (Clunet 1884, p. 521); Cass. Req. 16 juin 1885 (S. 1885.1.251; Clunet 1886, p. 456); Paris 26 juillet 1886 (Clunet 1888, p. 668); Trib. Correct. Seine 20 nov. 1888 (Clunet 1888, p. 818); Trib. Comm. Seine 14 mars 1888 (Clunet

C'est également la loi étrangère du siège social qui, aux yeux de la jurisprudence française est compétente pour connaître des problèmes que soulève son fonctionnement (5). Enfin la loi originaire suit, d'après nos tribunaux la société pendant toute son existence, puisqu'ils n'hésitent pas à y soumettre la dissolution, la liquidation et jusqu'au partage (6).

Cette unanimité de la jurisprudence française se retrouve lorsque l'on examine les décisions des tribunaux des principaux pays étrangers. La jurisprudence Belge adopte sur ce point une attitude rigoureusement parallèle à celle de la jurisprudence française. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Liège, dans un arrêt du 23 juillet 1891, déclarait que le juge Belge devait apprécier d'après la loi Française les conséquences de la nullité d'une société constituée en France. De même, le Tribunal Civil de Bruxelles ayant à se prononcer sur la légalité d'un appel de fonds fait par une société ayant son siège social en Angleterre déclarait dans un jugement du 1er mars 1905 que la loi anglaise était seule compétente pour déterminer la légalité de cet appel, le rôle du juge devant se borner à vérifier si les formalités légales avaient été remplies, parce que le pouvoir de la société est une question de capacité relevant du statut personnel de la personne morale, statut personnel qui est lui-même régi par la loi du siège social (7). En Allemagne, le tribunal Régional Supérieur de Hambourg affirmait dans un jugement du 20 novembre 1903 que la personnalité juridique des société commerciales étrangères doit s'apprécier d'après la loi en vigueur au lieu de leur siège

1889, p. 669); Trib. Comm. Seine 25 juin 1891 (Clunet 1893, p. 893); Nancy 28 oct. 1890 (Clunet 1891, p. 237); Trib. civ. Seine 8 févr. 1892 (J.Soc. 1892, p. 241); Paris 4 août 1893 (J. Soc. 1893, p. 484); Trib. civ. Seine 10 août 1893 (Clunet 1894, p. 558); Trib. Civ. Seine 13 févr. 1895 (Clunet 1896, p. 1064); Trib. Comm. Seine 17 mars 1896 (Clunet 1897, p. 1043); Trib. Comm. Seine 28 mai 1896 (Clunet 1896, p. 874); Trib. Comm. Seine 2 juillet 1896 (Clunet 1899, p. 575); Trib. Comm. Perpignan 23 déc. 1913 (Clunet 1917, p. 1066); Paris 13 juin 1928 (Clunet 1929, p. 119).

61. — (4) Cass. Req. 16 juin 1885 (S. 1885.1.251); Trib. Comm. Seine 1er mars 1894 (R. Soc. 1894, p. 453); Trib. Civ. Valenciennes 14 mars 1894 (Clunet 1894, p. 882); Lille 13 juin 1897 (J. Soc. 1899, p. 78); Amiens 9 novembre 1901 (Clunet 1903, p. 167); Trib. Comm. Perpignan 23 déc. 1913 (Clunet 1917, p. 1066); Rabat 7 mars 1923 (J. Soc. 1924, p. 514).

61. — (5) Trib. Civ. Seine 25 juin 1875 (Clunet 1876, p. 363); Trib. Civ. Boulogne 4 août 1896 (J. Soc. 1897, p. 475); Paris 28 janvier 1897 (Clunet 1897, p. 1022); Douai 23 avril 1897 (J. Soc. 1898, p. 161); Orléans 29 déc. 1904 (Clunet 1905, p. 1042; R. Soc. 1905, p. 304; Revue de Droit Intern. Privé 1905, p. 260); Lyon 8 mai 1907 (J. Soc. 1908, p. 315); Rabat 7 mars 1923 (J. Soc. 1924, p. 514).

61. — (6) Chambéry 1er déc. 1866 (S. 1867.2.182); Paris 23 janvier 1889 (R. Soc. 1889, p. 193); Cass. Civ. 11 juillet 1928 (Clunet 1931, p. 389; S. 1930. 1.217, note Niboyet).

61. — (7) Cour d'Appel de Liège 23 juillet 1891 (Clunet 1893, p. 1243), Trib. Civ. Bruxelles 1er mars 1905 (Clunet 1905, p. 1090). V. Cass. Belge 12 avril 1888 (Pasycrisie 1886.1.186); 16 mai 1889 (P.P. 1123).

social (8). De même la Cour de Cassation des Pays-Bas décidait le 24 juin 1904 que la force probante d'un procès-verbal d'une assemblée générale d'actionnaires devait être jugée d'après le droit étranger, quand l'acte se rapporte à une assemblée tenue à Londres par les actionnaires d'une société anonyme établie en Islande (9). Ces quelques décisions prises au hasard dans la longue liste des jugements étrangers montrent que dans les différents pays l'unanimité s'est faite sur le principe de la compétence générale de la loi du siège social (10).

Cette unanimité se comprend d'ailleurs parfaitement si l'on considère tous les avantages de la compétence de la loi du siège social.

Le principal de ces avantages est de conférer à la société un statut cohérent en la plaçant sous l'empire d'une loi unique. Il est, en effet, tout aussi nécessaire de conférer à la société un statut légal unique et homogène dans les relations internationales que d'attribuer à la concentration d'intérêts qu'elle recouvre une unité juridique dans les rapports internes .Cette unité de statut est un auxiliaire précieux du commerce international, car elle facilite l'extension des sociétés en leur permettant d'étendre leur activité au point de vue territorial sans être obligées de modifier leur statut juridique. Par là même, elle rend possible, comme le note M. J. Donnedieu de Vabres de « vastes concentrations internationales d'intérêts et de capitaux » (11).

Section II

LES CARACTÈRES QUE DOIT PRÉSENTER LE SIÈGE SOCIAL POUR DÉTERMINER LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

62. — Il ne faut pas se laisser abuser par l'harmonie parfaite qui règne dès 1890 entre les décisions de jurisprudence au sujet de

61. — (8) Trib. Régional supérieur de Hambourg 20 nov. 1903 (Clunet 1905, p. 1058).

61. — (9) Cour suprême des Pays-Bas (Cour de Cassation) 24 juin 1904 (Clunet 1908, p. 921).

61. — (10) Bien que les Etats-Unis admettent une solution analogue, on peut noter encore quelques réticences dans leur jurisprudence. C'est ainsi que la Cour Suprême des Etats-Unis, dans un arrêt du 26 janvier 1925 (Clunet 1925, p. 1067), déclarait que la propriété des certificats d'actions d'une société de New-Jersey, transférables par endossement en blanc, est régie par la loi de l'endroit où sont situés les certificats.

61. — (11) J. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 333.

la compétence de la loi du siège social, car à cette époque l'accord n'a été réalisé que sur le principe de la compétence de la loi du siège social et non sur les conditions d'application.

En effet, le concept de siège social étant un concept abstrait demandait à être précisé et, sur ce point une multitude de positions apparaissaient possibles, positions contenues toutes à l'intérieur de deux conceptions extrêmes.

Dans une première conception très libérale, on pouvait d'abord prendre en considération le siège social statutaire, c'est-à-dire celui qui a été fixé librement par les fondateurs. On arrive ainsi à leur permettre indirectement de choisir la loi qui régira leur société et à ressusciter en fait l'autonomie de la volonté. C'est la conception que nous appellerons *celle du domicile élu* (1).

A l'inverse, on peut, conformément à la conception admise pour le domicile des personnes physiques, considérer que le siège social est situé nécessairement au lieu du principal établissement de la société. On aboutit, si l'on adopte cette position à une fixation impérative par le juge, à qui il appartient de faire une localisation objective du siège social. On réduit par là-même à néant le choix des fondateurs. Il n'y a plus qu'un seul pays dans lequel ils puissent fixer le domicile social et toute localisation différente doit être considérée comme nulle.

Entre ces deux conceptions extrêmes, il y a place pour toute une série de solutions intermédiaires, qui, sans annihiler complètement la latitude laissée aux fondateurs y apportent des restrictions plus ou moins considérables. C'est ainsi que l'on peut laisser aux fondateurs une certaine option entre plusieurs pays, pourvu que celui d'entre eux dans lequel ils fixent leur siège social soit uni à la société par un lien suffisamment étroit, pourvu qu'ils aient un intérêt sérieux à localiser le domicile social sur son territoire. De même l'interprétation que la jurisprudence donne de la notion de fraude est susceptible d'étendre ou de restreindre le choix des fondateurs. Faut-il nécessairement pour que le siège social soit frauduleux que les fondateurs aient eu l'intention de frauder la loi française et faut-il nécessairement prouver la fraude, c'est-à-dire se livrer à une recherche psychologique de l'intention des fondateurs ou est-ce qu'au contraire la seule fixation d'un siège social hors de France en l'absence d'un intérêt sérieux la justifiant constitue une présomption irréfragable de fraude ?

La fraude elle-même, pour entraîner la nullité de la société doit-elle exister à titre principal et peut-on admettre que l'intention

62. — (1) Cf. en ce sens, SAVATIER. *Cours de Droit Intern. Privé* 1947, n° 50, p. 37.

même non dissimulée d'échapper à la loi française régissant les conditions de constitution ou aux mesures fiscales édictées par notre législateur peut se justifier si elle est corroborée par d'autres raisons comme, par exemple, celle d'assurer un meilleur fonctionnement de l'entreprise ? Enfin le caractère réel et sérieux du siège social sera-t-il déterminé en se fondant uniquement sur les qualités intrinsèques qui doivent être les siennes, auquel cas, le siège social sera véritablement attributif de la loi applicable ou, au contraire, verra-t-on les autres éléments qui peuvent rattacher la société à un Etat : nationalité des asociés, lieu de constitution de la société, centre d'exploitation, que la jurisprudence a évincés au profit du siège social réapparaître à titre secondaire pour déterminer le caractère sérieux du siège social, auquel cas ce dernier serait simplement indicatif de la loi applicable ?

63. — Ce sont autant de positions différentes qui, par une gradation insensible peuvent conduire de la conception impérative du domicile, lieu du principal établissement à celle, beaucoup plus souple du domicile élu. L'évolution jurisprudentielle et doctrinale montre que les tribunaux et les auteurs ont longtemps oscillé entre elles avant de se fixer d'une manière définitive.

C'est de l'idée d'un siège social considéré comme le principal établissement qu'est partie la jurisprudence. La Cour de Bordeaux, dans son arrêt du 11 août 1857 rendu dans l'affaire « Chemin de fer du Midi contre Lartigue », est très nette à cet égard. Elle transpose purement et simplement aux sociétés la conception traditionnelle admise pour le domicile des individus auquel d'ailleurs elle se réfère expressément (1).

Toutefois, cette considération du principal établissement et cette identité entre le domicile des sociétés et celui des individus tendit à s'atténuer. Sans doute, les arrêts continuent à faire remarquer que le siège est bien le principal établissement de la société, mais ils substituent de plus en plus à cette formule des expressions voisines. C'est là que se trouve, déclarent les arrêts le « cerveau de la société », le « lieu où se trouvent concentrées son activité et sa vie juridique, où fonctionnent ses services essentiels » (2).

63. — (1) D. 1858.2.60 : « Attendu que le domicile réel d'un citoyen n'est point arbitraire ; il est nécessairement au lieu où il a son principal établissement... Atendu que cette règle qui découle des art. 102, 104 et 107 Code Nap. s'applique a fortiori aux maisons et sociétés de commerce, qu'on ne saurait concevoir leur domicile ailleurs que là où est le siège de leur commerce ou de leur industrie, le centre de leurs relations avec le public. »

63. — (2) Montpellier 3 mai 1926 (S. 1926.2.75 note H.R.; D.H. 1926.398; Gaz. Pal. 1926.2.153). Cet arrêt a été rendu, il faut le remarquer, dans une

Dans ces conditions on s'explique que, dès le début de l'évolution jurisprudentielle, par suite de l'influence exercée par cette idée de principal établissement, de centre des intérêts de la société, le siège social statutaire n'ait été pris en considération que comme une simple indication valable seulement dans la mesure où elle n'était pas démentie par les faits. C'est pourquoi derrière le siège social statutaire les arrêts s'attachent toujours à rechercher le siège social réel. Pour le localiser ils s'attachent à des éléments divers. Lorsque les assemblées générales d'actionnaires, le conseil d'administration et les bureaux se trouvent réunis en un même lieu, il n'y a pas de difficulté (3). C'est ce lieu qui constitue le centre des intérêts de la société. Par contre, au cas de dispersion de ces divers éléments dans des pays différents, la tâche du juge se trouve singulièrement compliquée. Les arrêts n'adoptent pas une solution uniforme. Certains donnent la prééminence au lieu de réunion des assemblées générales, d'autres se tournent plus volontiers vers le pays où siège le conseil d'administration (4), vers celui où se traitent les principales affaires (5) ou encore vers celui où se tiennent les bureaux (6).

La plupart du temps la jurisprudence s'inspire donc de circonstances de fait pour déterminer le caractère réel du siège social et il est difficile de poser en cette matière des règles absolues. C'est avant tout une question d'appréciation des juges qui forme sa conviction d'après l'ensemble des circonstances de la cause.

Toutefois, quel que soit l'élément pris en considération, il est certain que la jurisprudence, comme presque tous les auteurs, exige l'existence d'un siège social réel et non fictif (7). C'est ainsi que les

affaire touchant à une question de jouissance des droits. Mais la jurisprudence étant revenue, dans cet arrêt, au critère du siège social en a donné une définition qui est néanmoins intéressante.

63. — (3) Trib. Correct. Seine 10 févr. 1881 (Clunet 1881, p. 158); Trib. Comm. Seine 3 mai 1899 (Clunet 1900, p. 802); Trib. Correct. Marseille 31 déc. 1909 (J. Soc. 1911, p. 456); Paris 25 avril 1913 (Gaz. Pal. 1913.2.185); Paris 10 nov. 1922 (S. 1922.2.128)

63. — (4) Cass. Civ. 20 juin 1870 (D. 1870.1.416); Trib. Comm. Seine 27 août 1891 (Clunet 1891, p. 1241); Trib. Comm. Seine 3 mai 1899 (Clunet 1900, p. 802); Trib. Correct. Seine 27 juillet 1910 (Gaz. Pal. 1910.2.151); Trib. Correct. Seine 2 juillet 1912 (Gaz. Pal. 1912.2.165).

63. — (5) Cass. Req. 22 déc. 1896 (D. 1897.1.159); Trib. Comm. Nancy 18 févr. 1907 (Clunet 1907, p. 765); Trib. Comm. Seine 26 mai 1909 (Clunet 1910, p. 195); Trib. Com. Seine 29 juin 1910 (Journal des Tribunaux de commerce 1911, p. 217).

63. — (6) Trib. Comm. Nancy 18 févr. 1907 (Clunet 1907, p. 765); Req. 21 juin 1880 (D. 1880.1.465); Req. 22 déc. 1896 (D. 1897.1.159); Trib. Correct. Marseille 31 déc. 1909 (J. Soc. 1911, p. 456).

63. — (7) Toutefois, à l'encontre de cette exigence quaasi-unanime, on peut citer l'opinion de M. Percerou qui, dans une note sous un jugement du

tribunaux considèrent que l'existence dans un pays d'un simple local dans lequel se trouve un employé subalterne ne peut constituer un critère valable de détermination de la loi applicable (8).

Cette exigence d'un siège social effectif est à notre sens tout à fait justifiée, car, par les dépenses supplémentaires qu'un tel siège occasionne, elle est susceptible de constituer un frein capable de retenir les fondateurs et de les empêcher de s'engager sur le chemin de la fraude.

64. — Mais l'exigence d'un siège social dont l'effectivité s'apprécie uniquement en fonction de ses qualités intrinsèques est-elle suffisante ?

M. Arminjon répond par l'affirmative. Pour lui, il est possible de choisir entre plusieurs pays pour y fixer le siège social, car un tel choix n'est nullement arbitraire, puisqu'il ne met pas en jeu un intérêt particulier et la loi compétente, mais deux souverainetés à chacune desquelles la société se rattache par des éléments différents. M. Arminjon, faisant découler la loi applicable du siège social, et de lui seul, n'envisage la possibilité de fraude que dans une hypothèse: celle où elle porte sur les qualités intrinsèques du domicile social, c'est-à-dire essentiellement lorsqu'un prétendu domicile social a été établi d'une manière fictive dans un lieu différent de celui dans lequel il se trouve réellement (1).

Dans la théorie de M. Arminjon, il n'y a donc pas, comme le fait remarquer très justement M. Pépy, à se préoccuper des raisons qui ont déterminé le choix du siège social, ni à se demander si, en l'établissant sur le territoire d'un Etat, les fondateurs ont été guidés par un intérêt sérieux. Il ne faut envisager que le résultat, les qualités objectives du siège social et non l'intention qui a présidé à son établissement.

Par là même M. Arminjon simplifie la tâche des tribunaux, mais il réduit aussi dans une large mesure la portée du contrôle qu'ils peuvent exercer sur la fixation du domicile social, en ce sens

Tribunal civil de Lille du 21 mai 1908 (D. 1910.2.41), considère qu'un simple domicile élu, même ne correspondant pas au domicile juridique de fait de la société, doit être pris en considération lorsque sa désignation dont le but est de le faire servir de critère de détermination de la loi applicable répond à un intérêt sérieux. D'après M. Percerou, le choix de ce siège social, qui aurait le caractère d'une élection de domicile, ne nécessiterait pas l'existence d'un siège social réel, mais par contre il faudrait nécessairement que le choix ne soit pas inspiré par des motifs de fraude.

63. — (8) Req. 22 déc. 1896 (D. 1897.1.159); Trib. Comm. Seine 23 oct. 1908 et Paris 23 mars 1909 (S. 1909.2.183); Trib Correct. Marseille 31 déc. 1909 (J. Soc. 1911, p. 456).

64. — (1) ARMINJON. *Nationalité des Personnes Morales*. Revue de Droit International Privé 1902.

qu'il ne prend la fraude en considération que dans la mesure où elle se matérialise en prenant la manifestation extérieure de la simulation. Avec cette théorie, on arrive à un résultat à peu près analogue à celui que l'on obtiendrait en droit civil si les seuls actes frauduleux que l'on frappait d'inopposabilité étaient les contre-lettres et si l'on écartait par conséquent toutes les hypothèses dans lesquelles l'action Paulienne est applicable. C'est pourquoi cette théorie ne nous semble pas satisfaisante, car les résultats pratiques auxquels elle conduit nous semblent insuffisants. Toutefois, il faut reconnaître qu'elle procède d'une logique juridique imperturbable : en effet, si le domicile est attributif de la loi applicable, il doit être seul pris en considération et l'on doit rejeter tous les éléments d'appréciation qui lui sont étrangers.

Mais les nécessités pratiques l'ont emporté sur la logique juridique et la jurisprudence superpose à l'exigence d'un siège social réel et effectif, celle d'un siège social non frauduleux dont la fixation répond à un intérêt sérieux. C'est la raison pour laquelle la dénomination de système du siège social fictif ne suffit pas, à notre avis, à rendre compte de l'ensemble de la construction jurisprudentielle. En effet, ce n'est pas seulemnt la simulation qui est sanctionnée. Même en l'absence de toute simulation, la société peut être déclarée nulle en France si son siège social qui est réel a été établi à l'étranger dans le but de frauder la loi française. Ne sommes-nous pas, dès lors, en présence d'une application pure et simple par la jurisprudence française aux sociétés de l'exception de fraude à la loi ?

65. — Certains auteurs, comme M. Niboyet ont nié que l'hypothèse envisagée présente les caractéristiques de celles dans lesquelles on fait jouer habituellement l'exception de fraude à la loi (1).

Envisageant les conditions de mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi, l'éminent auteur dégage l'existence de quatre conditions. Il faut une modification effective apportée aux règles de compétence internationale, des machinations qui doivent tendre à un résultat illicite et supposent une intention coupable, l'utilisation de moyens licites et l'absence de tout autre remède qui permette d'atteindre le but coupable poursuivi par les intéressés, ces deux dernières conditions pouvant d'ailleurs être ramenées à une seule, car si le but frauduleux a été atteint par des moyens licites, il n'existe pas en dehors de l'exception de fraude à la loi, de remède possible.

65. —(1) Niboyet. *Traité* t. III, n° 1077, p. 630-631. Note 2. et n° 1085 p. 645-646.

Or, M. Niboyet fait remarquer que si, en matière de sociétés, les deux premières conditions de mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi se trouvent remplies, la fixation du siège social en dehors du pays sur le territoire duquel il doit être normalement situé entraînant une modification effective de la compétence internationale et dénotant le plus souvent l'intention frauduleuse des fondateurs, la troisième condition fait par contre défaut.

En effet, déclare M. Niboyet, lorsque des fondateurs de sociétés établissent à l'étranger un siège purement nominal, de manière à pouvoir profiter des avantages de ces lois tandis que le siège actif fonctionne en France, il n'y a pas là une fraude à la loi par utilisation d'un moyen licite. Le moyen employé est, au contraire, illicite puisqu'il contrevient aux règles essentiellement impératives sur les éléments constitutifs du siège social de la société et il entraîne la nullité de la société en même temps que des sanctions pénales à l'égard des administrateurs (2).

Cette opinion renferme une grande part de vérité. Il est certain en effet que lorsqu'on se trouve en présence d'un siège social purement nominal, il est inutile de faire appel à l'exception de fraude à la loi, car la simulation comporte des sanctions qui lui sont propres. Mais, nous avons vu que la jurisprudence superpose à l'exigence d'un siège social réel celle d'un siège social sérieux, le caractère sérieux s'appréciant non pas en fonction des qualités intrinsèques su siège social, mais en fonction des autres éléments de rattachement qui unissent la société à l'Etat. Dès lors si l'on se trouve en présence d'un siège social réel, ne présentant en lui-même aucun vice, parce que le conseil d'administration et les assemblées générales s'y réunissent en fait, mais situé cependant en dehors du territoire de l'Etat avec lequel la société présente une attache sérieuse, on ne peut parler de simulation. Le seul moyen technique de sanctionner la fraude est alors l'exception de fraude à la loi (3).

65. — (2) NIBOYET. *Traité* t, III, n° 1085, p. 646. M. Niboyet conclut en ajoutant : « L'hypothèse du siège social fictif des sociétés ne peut donc rentrer dans le domaine de l'exception de la fraude à la loi parce que celle-ci suppose, encore une fois, un moyen licite et non sanctionné en lui seul. Nous ne contestons pas l'existence d'une fraude au cas de siège fictif d'une société, mais notre exception n'a pas pour but de sanctionner toutes les fraudes, elle vise les fraudes qui ne seraient pas sanctionnées si elle n'existait pas. On vient de voir que ce n'était pas le cas ».

65. — (3) Tout dépend d'ailleurs de la conception que l'on a de la notion de siège social fictif. Si l'on considère que le siège est fictif toutes les fois qu'il n'est pas situé dans le pays où il devrait être, la fraude rentrera toujours dans le cadre de la simulation. Si l'on considère, au contraire, que la réalité du siège social s'apprécie uniquement en fonction de ses qualités intrinsèques et que l'intervention d'autres éléments de rattachement unissant la société au pays du siège social statutaire révèle non pas que le siège social est fictif, mais seulement qu'il n'est pas sérieux, on est en dehors du domaine de la simulation et il faut faire jouer l'exception de fraude à la loi.

Il faut d'ailleurs remarquer, et c'est ce qui donne toute sa valeur à la conception de M. Niboyet que dans la presque totalité des hypothèses, la fraude se manifestera par la simulation parce que si le siège social n'est pas sérieux il y a bien des chances pour qu'il soit fictif. Mais cette coïncidence pour être générale n'est pas cependant nécessaire.

C'est la raison pour laquelle il ne faut pas écarter à priori et de façon systématique l'exception de fraude à la loi en matière de sociétés. Son domaine sera certes des plus restreints, mais elle pourra s'avérer utile pour sanctionner les manifestations les plus subtiles et, partant, les plus dangereuses de la fraude, c'est-à-dire, les situations dans lesquelles le siège social, bien que réel, n'est pas sérieux. .

La nécessité d'une attache sérieuse avec le pays dans lequel se trouve fixé le siège social et l'absence de fraude ne constituent donc pas deux conditions différentes. En effet, il est certain que l'on peut considérer que lorsque les fondateurs ont localisé le domicile social dans un pays avec lequel leur société n'avait absolument aucune attache, il y a une présomption de fraude qui s'attache à cette localisation. Par contre, la réciproque n'est pas nécessairement vraie du moins en théorie. En effet, entre plusieurs pays auxquels la société est liée, les fondateurs ont pu choisir celui dont la législation est la plus favorable. Le cas s'est présenté pour des sociétés qui, bien qu'ayant des éléments de rattachement sérieux avec la France, fixaient leur siège social en Algérie ou dans un pays étranger pour échapper à une fiscalité trop lourde. Dans cette hypothèse une des considérations qui ont déterminé l'attitude des fondateurs a été d'échapper aux dispositions de la loi française. La jurisprudence n'en a pas moins considéré que la fixation n'était pas frauduleuse si elle pouvait s'appuyer sur des intérêts sérieux. Ceci nous montre que, dans l'esprit de la jurisprudence l'existence d'un motif grave, d'une attache sérieuse suffit à écarter la fraude et que par conséquent les deux conditions n'en font qu'une seule. La fraude n'est sanctionnée que lorsqu'elle existe à titre principal et, précisément elle existera à ce titre lorsque les fondateurs ne disposeront d'aucun motif légitime apte à justifier leur choix (4).

65. — (4) C'est notamment ce qu'a décidé notre jurisprudence dans deux décisions récentes relatives à des changements frauduleux de siège social : Trib. Seine 22 déc. 1938 (Revue de Droit International 1939, p. 269). Cass. Req. 17 juillet 1935 (Revue de Droit International 1936, p. 767 et la note). Dans cette dernière espèce il s'agissait de la Compagnie des Caoutchoucs de Padang dont les dirigeants, las d'être assujettis à une fiscalité qu'ils jugeaient trop lourde, avaient transféré le siège social de Paris à Saïgon. La Cour de Cassation confirmant le jugement du Tribunal de la Seine du 23 avril 1932 (S. 1933.2.49 note Solus) a déduit le caractère frauduleux du transfert, d'une part du caractère fictif du siège social de Saïgon, la direction de l'entreprise

66. — C'est donc l'exigence d'une attache sérieuse que la jurisprudence superpose à celle d'un siège social réel pour fonder la compétence législative d'un Etat. Mais alors que, pour déterminer le caractère réel ou fictif du siège social elle se fondait uniquement sur ses qualités intrinsèques, elle apprécie au contraire l'existence d'une attache sérieuse en se fondant sur tous les éléments qui relient la société aux différents Etats, même s'ils sont absolument étrangers au siège social lui-même. C'est ainsi que l'on voit réapparaître à titre secondaire tous les éléments de rattachement que la jurisprudence avait écartés en tant que critère principal de détermination de la compétence législative. Ils serviront d'instrument de vérification de la sincérité de la fixation du domicile social. La nature de cet intérêt légitime est, dès lors éminemment variable. Certains arrêts prennent en considération le lieu de constitution si c'est là que la société traite ses affaires (1), d'autres s'attachent au lieu où elle négocie et répartit ses titres (2), d'autres enfin à la nationalité des associés (3). C'est donc aux tribunaux qu'il appartient de déterminer souverainement le caractère sérieux du lieu en se fondant sur les circonstances de la cause.

Or, il est manifeste que la société peut posséder une attache sérieuse avec plusieurs pays. La jurisprudence permet donc aux fondateurs de choisir entre ces pays (4). Par là-même, il apparaît nettement que la conception jurisprudentielle s'est éloignée de son

étant en fait demeurée à Paris, et d'autre part de l'absence d'attache sérieuse de la société en Indochine, le centre d'exploitation de l'entreprise étant situé à Sumatra.

66. — (1) Req. 22 déc. 1896 (D. 1897.1.159); Trib. Comm. Seine 3 mai 1899 (Clunet 1900, p. 802); Trib. Com. Nancy 18 févr. 1907 (Clunet 1907, p. 765); Trib. Civ. Lille 21 mai 1908 (S. 1908.2.177 note Demogue, D. 1910.2.41 note Percerou); Trib. Comm. Seine 26 mai 1909 (Clunet 1910, p. 195); Trib. Correct. Seine (D. 1912.2.165); Paris 10 nov. 1922 (S. 1922.2.128); Rennes 26 juillet 1926 (Clunet 1927, p. 659); Paris 4 févr. 1935 (Revue de Droit Int. privé 1935, p. 816).

66. — (2) Trib. Correct. Seine 10 févr. 1881 (Clunet 1881, p. 158); Trib. Comm. Seine 23 oct. 1908 et Paris 23 mars 1909 (S. 1909.2.183); Trib. Comm. Seine 29 juin 1910 (Journal des Tribunaux de Commerce 1911, p. 217); Angers 23 juin 1913 (Gaz. Pal. 1913.2.113, Revue des Sociétés 1914, p. 9).

66. — (3) Trib. Correct. Seine 2 mars 1905 (Revue de Droit Int. Privé 1905, p. 530); Trib. Comm. Nancy 18 février 1907 (Clunet 1907, p. 765); Trib. Comm. Seine 26 mai 1909 (Clunet 1919, p. 195); Trib. Correct. Marseille 31 déc. 1909 (Journal des Sociétés 1911, p. 456).

66. — (4) V. en ce sens Demogue (S.1908.2.177). Demogue revient à l'autonomie de la volonté des fondateurs et considère que l'existence du domicile n'est utile que dans la mesure où elle constitue la manifestation expresse de la volonté des associés. Mais ce qu'il faut prendre en considération c'est la volonté des fondateurs. Toutefois, Demogue n'en revient pas pour autant à l'autonomie pure et simple. Il distingue les choix permis de ceux qui sont défendus parce qu'ils révèlent une intention frauduleuse. Il limite donc l'autonomie de la volonté par la théorie de la fraude à la loi et sa conception est au fond assez proche de la position jurisprudentielle.

point de départ : siège social localisé nécessairement au lieu du principal établissement. Sans donte les tribunaux parlent encore de principal établissement, et lorsque le siège social fixé par les fondateurs coïncide avec le principal établissement de la société, iis le mentionnent en tant qu'argument supplémentaire en faveur du caractère sérieux du siège social statutaire. Mais, ils ne considèrent plus systématiquement le siège social statutaire comme dépourvu de toute valeur pour la seule raison qu'il ne coïncide pas avec le principal centre des intérêts de la société, à condition bien entendu que sa fixation réponde à un motif légitime (5).

La conclusion à laquelle aboutit la construction de la jurisprudence montre le succès de l'effort d'adaptation des règles traditionnelles posées pour le domicile des individus afin de les rendre aptes à régir le domicile social. L'œuvre de la jurisprudence a été toute d'interprétation et d'assouplissement afin d'adapter des règles trop rigides aux nécessités du commerce international. Pour favoriser les transactions, la jurisprudence arrive en fait à redonner aux fondateurs une certaine liberté dans le choix de la loi appelée à régir le statut de leur société, à ressusciter dans une certaine mesure l'autonomie de la volonté. L'admission réduite de l'autonomie de la volonté n'est pas d'ailleurs illogique, car elle correspond à la survivance partielle du caractère contractuel de la société.

67. — Tel apparaît le système jurisprudentiel pourvu de toute la cohérence suffisante et inspiré des nécessités pratiques. Mais l'efficacité de cette construction, comme celle de tout système est essentiellement fonction de la sanction qui est édictée en cas de violation des règles posées par la jurisprudence. Lorsqu'une société a établi à l'étranger un siège social purement fictif ou lorsqu'elle y possède bien un siège réel, mais que ce siège y a été fixé en l'absence de tout intérêt légitime, de toute attache sérieuse avec ce pays et qu'il apparaît frauduleux, quelle sera la sanction ?

La jurisprudence rétablit le siège social à l'endroit où il devrait être, c'est-à-dire en France. Elle déclare : « Cette société devant avoir son siège social en France et devant par conséquent être assujettie aux dispositions de la loi française, il convient de vérifier si les prescriptions de la législation française des sociétés ont été observées et, le cas échéant, de prononcer la nullité en France d'une telle société » (1).

66. — (5) V. en ce sens Trib. Civ. Lille 21 mai 1908 précité.

67. — (1) Paris 23 mars 1909 (Revue de Droit Intern. Privé 1909, p. 877; J. Soc. 1909, p. 268); Trib. Comm. Seine 26 mai 1909 (J. Soc. 1910, p. 239); Rennes 1er mars 1914 (Rec. de Nantes 1914.1.250).

Toutefois, si les tribunaux français peuvent considérer la société comme irrégulière en France, leur décision ne va pas entraîner la nullité automatique de la société dans le pays où se trouve son siège social statutaire. M. Hémard se prononce en faveur de la nullité de la société dans tous les pays et il est certain qu'un tel système serait infiniment souhaitable, mais il se heurte aux règles de la souveraineté et aux dispositions relatives à l'exécution des jugements étrangers. Il arrive fréquemment que les juridictions étrangères refusent de confirmer les décisions françaises. C'est le cas notamment d'un jugement du Trib. Comm. Bruxelles du 2 mars 1901 qui disposait que « Le fait qu'une société a été constituée en Belgique, bien que sa nationalité fût française, ne peut être considéré en Belgique comme contraire à l'ordre public ; il n'est pas possible de la déclarer nulle, lorsque la loi belge a été suivie pour sa constitution » (2).

Dans ces conditions l'efficacité de nos jugements ne dépassant pas les limites du territoire français, les tribunaux français ne peuvent que prononcer la nullité de la société en France. Mais, même en France, la question se pose de savoir si une telle société doit être considérée comme radicalement nulle ou simplement irrégulière. Il semble qu'à ce sujet, il faille faire une distinction. Lorsque la société constituée à l'étranger devait permettre à ses membres, en les mettant à l'abri de la législation française, de se livrer à de véritables escroqueries par l'émission de leurs titres, il semble qu'il faille la considérer comme radicalement nulle. Dans des cas moins graves, on pourra la considérer comme simplement irrégulière et ordonner sa liquidation en tant que société de fait, liquidation qui devra logiquement s'effectuer au siège social réel et non au siège statutaire (3).

Il convient de remarquer que les tribunaux français ne se reconnaissent compétents et n'édictent cette sanction que lorsqu'ils ont à statuer à propos d'une société constituée en fraude à la loi française. Il peut se faire en effet que la juridiction française ait à statuer sur les opérations effectuées en France par une société dont le siège social n'a été fixé en Italie que pour éluder les prescriptions de la loi suisse. Dans ce cas, M. Hémard pense qu'il serait utile que le Trib. Français puisse non pas prononcer la nullité, mais tout au moins la reconnaître et en tirer les conséquences qui s'imposent. Mais telle n'est pas du tout l'attitude de la jurisprudence. Si l'irrégularité a été déclarée, les tribunaux français en tiendront

67. — (2) Clunet 1902, p. 882.

67. — (3) HÉMARD : *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et des Sociétés de fait*, 1926, p. 456.

compte, mais si, par contre, elle ne l'a pas été par la juridiction étrangère, une jurisprudence très ferme estime qu'il n'appartient pas au Tribunal français de se substituer à la juridiction étrangère (4).

Cette solution vivement critiquée par M. Hémard résulte du caractère éminemment national de la fraude à la loi (5). La sanction édictée contre la société étrangère coupable de fraude à l'égard de la loi française est en effet une mesure de défense de notre législation, un moyen de protection des dispositions de notre droit interne que les tribunaux français se soucient de protéger à l'exclusion des législations étrangères. Il faut y voir une illustration entre tant d'autres du caractère nationaliste du droit international privé que l'on peut déplorer, mais dont on est contraint de prendre acte.

La règle de compétence législative ainsi dégagée par la jurisprudence possède une généralité suffisante pour rendre compte de la presque totalité des situations.

Mais il arrive parfois que des obstacles rendent impossible l'application normale de la loi du siège social et nécessitent l'élaboration d'une règle de compétence supplétive. Ce sont ces situations exceptionnelles qui doivent être envisagées maintenant.

---

67. — (4) Trib. Comm. Seine 27 août 1891 (Clunet 1891, p. 1241); Paris 27 mars 1907 (Clunet 1907, p. 769).

67. — (5) C'est ce qui démontre que, contrairement à l'opinion de M. Niboyet, la jurisprudence fait appel à la notion de fraude à la loi. Car, dans le cas contraire, nos tribunaux devraient réprimer la simulation même si elle avait pour but de permettre à la société d'échapper à une loi étrangère car la simulation étant illicite en elle-même doit être sanctionnée quelle que soit la loi qu'on se propose de frauder en l'utilisant.

CHAPITRE III

OBSTACLES A LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL

68. — La loi du siège social peut se heurter à un double obstacle susceptible de faire échec à sa compétence : obstacle de fait et obstacle de droit.

L'obstacle de fait résulte de l'adomidie (1) de la société qui se trouve, par le jeu des circonstances, dépourvue de siège social. Cette adomidie ne peut résulter que d'événements politiques exceptionnels. Sa seule illustration pratique s'est rencontrée dans l'hypothèse des société russes, à la suite de la Révolution de 1917.

L'obstacle de droit est au contraire la conséquence d'un défaut de communauté juridique entre les systèmes de solution de conflits de lois français et étranger, la loi étrangère du siège social refusant la compétence qui lui est attribuée par la règle française de conflit parce que son propre système de solution de conflits de lois s'inspire dans la détermination de la compétence législative de principes différents de ceux du droit international privé français. On se trouve alors en présence d'un conflit négatif.

Ces deux situations apparaissent de prime abord tout à fait différentes, l'une ayant sa source dans les conséquences brutales d'un changement de régime politique, l'autre dans le particularisme de chaque droit international privé.

Leur juxtaposition et leur réunion sous une même rubrique se justifient néanmoins à raison du caractère exceptionnel qu'elles révèlent et de l'identité du problème qu'elles posent au juriste : la recherche d'une règle de compétence supplétive permettant de pallier à la carence ou au refus de la loi normalement compétente.

68. — (1) L'expression d' « adomidie » de la société peut sembler relativement barbare et inusitée. On peut cependant se prévaloir pour en justifier l'emploi de la haute autorité de M. Niboyet. Nous n'hésitons pas à l'adopter car elle rend parfaitement compte de la situation envisagée : la carence de la loi du domicile de la société. Dans cette mesure elle est infiniment préférable à celle de société apatride qui implique une référence implicite au concept de nationalité dont l'application aux sociétés a été combattue sur le terrain des conflits de lois. — Cf. supra n° 44.

Section I

OBSTACLE DE FAIT A L'APPLICATION DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL : L'ADOMIDIE DE LA SOCIÉTÉ

69. — L'absence de siège social ne peut se concevoir au moment de la constitution de la société, puisque l'existence d'un domicile est une des conditions nécessaires à sa validité Mais il peut se faire qu'ultérieurement, au cours de son existence, la société perde son siège social primitif. Si cette perte est volontaire, la société acquiert un autre siège social : on se trouve alors en présence d'un simple changement de siège social (1).

Si par contre cette perte résultant d'événements extérieurs est indépendante de la volonté des associés, la société qui n'aura pu acquérir un autre domicile se trouvera privée de siège social. L'élément normal de rattachement fondant la compétence législative fera alors défaut et devant cette carence il faudra nécessairement rechercher une règle de compétence supplétive.

C'est une des questions principales que pose sur le plan juridique la situation des sociétés russes de droit impérial à la suite de la Révolution de 1917. Ce problème eut d'ailleurs un retentissement mondial à raison de l'activité considérable qu'avaient manifestée ces sociétés à l'étranger.

En effet, depuis le début du XX[e] siècle, les sociétés russes avaient pris une extension très grande sur le plan international, extension qui n'avait d'ailleurs pas sa source dans la prospérité de l'Etat russe, mais plutôt, aussi paradoxal que cela puisse paraître, dans les difficultés financières au milieu desquelles il se débattait.

Ces embarras financiers avaient conduit l'Etat russe à solliciter des pays étrangers des emprunts considérables, emprunts qui eurent comme corollaire, sur le terrain commercial, l'investissement de capitaux étrangers très importants dans les affaires russes. « Pour faciliter le placement des fonds russes et la négociation des contrats commerciaux, des succursales de banques et de sociétés de commerce russes s'installent à Paris, ainsi que dans quelques autres grandes

69. — (1) Cf. infra n° 102.

69. — (2) Il ne s'agit pas ici de traiter dans son ensemble le délicat problème des sociétés russes, problème sur lequel nous aurons l'occasion de revenir dans les chapitres consacrés à la dissolution et à la liquidation des sociétés (v. infra III[e] partie, n° 234). L'objet de la présente section est uniquement d'étudier les difficultés résultant pour le juriste de la situation exceptionnelle des sociétés russes au point de vue de la détermination de la loi de la société par suite de la carence de la loi du siège social.

capitales (3) ». De même les sociétés d'assurances russes durent, afin de pallier à la rareté des capitaux mis à leur disposition par les banques russes se réassurer auprès de sociétés étrangères présentant des garanties suffisantes de solvabilité.

La multiplicité des attaches possédées par ces sociétés à l'étranger explique l'importance des répercussions qu'eurent sur le plan international les décrets de nationalisation du gouvernement soviétique qui vinrent bouleverser l'existence des sociétés russes.

En effet, une des premières préoccupations du gouvernement des Soviets fut de mettre la main sur les biens appartenant aux sociétés de droit impérial. Dans ce but il prit, dès le 1er décembre 1917, un décret nationalisant les banques et transférant leur actif et leur passif à la Banque d'Etat. Cette première mesure ne devait pas rester isolée. Elle fut suivie le 15 juin 1918 d'un décret nationalisant les sociétés puis, le 1er décembre 1918 d'un décret nationalisant les compagnies d'assurances. Enfin le 29 février 1920 un dernier décret vint compléter la série de ces mesures. Il s'attaquait à toutes les entreprises privées possédant plus de dix ouvriers et ordonnait le transfert à l'Etat de la propriété de leurs biens. Il consacrait donc la mainmise de l'Etat soviétique sur l'ensemble de l'Economie russe (4).

Si les Etats étrangers avaient admis la stricte application des décrets de nationalisation, aucune difficulté juridique ne se serait posée. Ces décrets prévoyaient en effet le transfert à l'Etat de tous les biens des sociétés russes, quel que soit le lieu de leur situation et considéraient comme nuls et non avenus les rapports de droit antérieurs au 7 novembre 1917.

De nombreux Etat étrangers, et notamment la France, refusèrent de reconnaître la validité des décrets de nationalisation soviétiques qu'ils jugeaient contraires à l'ordre public, comme ne respectant pas la propriété privée (5). Ils admirent, par contre, la validité des décrets rendus dans la mesure où ils ordonnaient seulement la dissolution de la société (6).

69. — (3) PERRET. *La liquidation des sociétés russes.* Paris, Sirey 1937, p. 11.

69. — (4) Cf. les textes de ces différents décrets dans l'ouvrage de LABEY, *Une législation communiste,* 1920, p. 96 à 127.

69. — (5) Cf. sur ce point Cour de Bordeaux 2 janvier 1928 et Cour de Paris 13 juin 1928 (Clunet 1929, p. 115 et 119, note Picard et Tager ; Revue critique de droit international 1929, p. 94); Cass. Req. 29 juillet 1929 (Clunet 1930, p. 680 ; Revue critique de droit international 1931, p. 342); Cass. 4 juillet 1933 (D.P. 1934, p. 10 note Savatier ; Revue critique de droit international 1933, p. 652).

69. — (6) Cf. infra n° 235, les développements consacrés à cette question à propos de la dissolution des sociétés.

Dans ces conditions, le problème se posait de déterminer la loi de la société afin de découvrir une loi susceptible de régir la liquidation (7). Le siège social situé en Russie ayant disparu ou ne correspondant plus à la réalité puisqu'il ne constituait plus le centre de l'activité sociale, il fallait nécessairement se fonder sur un autre critère.

Il ne pouvait être question d'invoquer la compétence de la loi impériale russe, qui régissait primitivement le statut juridique de la société car, a-t-on fait remarquer, le gouvernement français avait reconnu de jure l'Etat soviétique le 28 octobre 1924 et avait par là même admis l'abrogation des dispositions du droit impérial russe.

Il semble d'ailleurs que, même en l'absence de toute reconnaissance de l'Etat soviétique par un gouvernement étranger, la loi impériale russe pouvait difficilement être prise en considération car sa compétence ne concordait pas avec la réalité des faits. En effet, la compétence législative ne doit se fonder sur le siège social que dans la mesure où il représente le centre réel et actuel de la vie sociale. Or, continuer à localiser le siège social de ces sociétés en Russie revenait à fonder la compétence législative sur un siège devenu purement fictif puisque les administrateurs avaient émigré à l'étranger et qu'aucune assemblée d'actionnaires ne pouvait plus s'y tenir, les actionnaires étant disséminés aux quatre coins du monde (8).

La compétence de la loi soviétique ne pouvait être davantage invoquée puisque le gouvernement des Soviets considérait les sociétés russes de droit impérial comme dissoutes et liquidées automatiquement par le transfert de leurs biens à l'Etat soviétique.

70. — Dans ces conditions, nos tribunaux étaient contraints de revenir à la compétence de la loi française. Aussi, ne faut-il pas s'étonner qu'ils l'aient utilisée dans une large mesure. Mais la partie la plus délicate de leur tâche a consisté à justifier sur le

69. — (7) Cf. infra n° 237, la détermination de la loi applicable à la liquidation des sociétés commerciales.

69. — (8) Il convient cependant de remarquer que les pays qui n'ont pas reconnu de jure l'Etat Soviétique ont le plus souvent admis que la société demeurait soumise à la loi impériale russe. C'est cette solution qu'a donnée notamment la Cour de Cassation de Roumanie dans son arrêt du 5 décembre 1932 (Clunet 1935, p. 718). De même, le Tribunal Civil de Bruxelles, dans son jugement du 20 décembre 1934 (Clunet 1935, p. 671, note Dubois-Clavier) qui a déclaré incompétent le liquidateur français de la Banque russo-asiatique sous prétexte qu'il avait été nommé par le tribunal du lieu de la succursale française et non par celui du siège social russe, ce dernier demeurant dans son esprit le seul critère déterminant la compétence juridictionnelle comme la compétence législative.

terrain des principes juridiques la compétence de la loi française et à adapter aux circonstances exceptionnelles les règles traditionnellement admises.

Dans la recherche de cette justification, deux voies leur étaient ouvertes ; ils pouvaient se borner à constater la disparition du siège social et l'impossibilité d'appliquer une loi étrangère. Ils pouvaient également chercher à induire des circonstances de la cause l'existence d'un siège social en France.

Cette dernière solution présentait l'avantage de cadrer avec la règle normale de compétence législative. Aussi nos tribunaux s'y sont-ils ralliés de préférence et l'on peut dire que le principe directeur qui a guidé la jurisprudence française est le suivant : toutes les fois qu'il lui a été possible de découvrir un domicile social, même s'il s'agissait d'un simple domicile de fait, elle n'a pas hésité à l'utiliser comme critérium de détermination de la compétence législative, soit en constatant un « changement de siège social », soit en érigeant le domicile secondaire de la succursale en domicile principal.

Toutefois, ce principe ne pouvait suffire à rendre compte des conflits relatifs à l'ensemble des sociétés russes, à raison de la trop grande diversité des situations dont nos tribunaux avaient à connaître. Parfois, les circonstances de la cause ne leur ont pas permis de dégager l'existence d'un domicile social. Ils ont dû alors chercher ailleurs le critère de détermination de la compétence législative.

C'est pourquoi il est nécessaire de distinguer les diverses hypothèses qui ont été posées à la sagacité des juges.

1°) *Cas des sociétés russes « reconstituées » en France sous forme de sociétés françaises*

71. — Pour quelques sociétés « russes », la détermination de la loi applicable était relativement aisée. En effet, certains administrateurs, prévoyant les difficultés inextricables qu'engendrerait pour leur société la reconnaissance par la France du Gouvernement des Soviets, ont pris les devants et ont réussi à reconstituer leur société sous forme de société anonyme française, soit en procédant purement et simplement à la constitution d'une société nouvelle qui n'était que la continuation de la société ancienne, soit en opérant un transfert de siège social qui est, à notre avis, parfaitement illégal, soit en fusionnant leur société avec une société française et en l'intégrant de ce fait dans une société de statut juridique français. La validation de ces diverses transformations a fait l'objet de

critiques très vives sur le plan doctrinal (1). Cependant, toutes les fois qu'elles ont été opérées avec suffisamment d'habileté pour que leur caractère suspect n'apparaisse pas au grand jour, la jurisprudence française en a admis la validité avec une certaine complaisance, peut-être parce qu'une telle position lui évitait de rechercher la solution d'un problème de compétence législative dont elle pressentait la complexité (2). En effet, si l'on admet que ces transformations sont valables, la détermination de la loi applicable ne soulève pas de difficulté puisque l'on se trouve en présence de sociétés de statut juridique français soumises à la loi française normalement compétente à titre de loi du siège social.

Mais tous les administrateurs de sociétés russes n'ont pas été aussi heureux ni aussi perspicaces et n'ont pas réussi à donner à leur société la protection d'un statut juridique français. Le problème de la détermination de la loi applicable s'est alors posé dans toute sa complexité lorsqu'il s'est agi de liquider le patrimoine social à raison de la conception personnaliste du patrimoine qui domine le droit français. Là encore, les tribunaux ont dû établir une distinction entre les sociétés russes possédant des succursales en France et les sociétés qui y possédaient des biens et y effectuaient des opérations sans y avoir d'organisation spéciale.

2°) *Cas des sociétés russes possédant des succursales en France*

72. — Lors de la promulgation des décrets de nationalisation, la plupart des administrateurs se sont enfuis de Russie et se sont réfugiés à l'étranger, dans les pays où leur société possédait des

71. — (1) Cf. PERRET, *op. cit.*, nos 21 à 30. M. Perret reconnaît d'ailleurs que certaines de ces transformations ont été opérées avec une très grande habileté (*op. cit.* p. 5). Il cite notamment la transformation à laquelle procédèrent les administrateurs de la société russe d'assurances « La Rossia ». Ils transférèrent en 1918 la fraction de l'actif et du passif située en Europe à une société de réassurances fondée à Copenhague; puis en 1919 ils réalisèrent la même opération pour l'actif et le passif américains en fondant la Rossia Insurance C° of America. En rémunération des apports ainsi effectués, la Rossia reçut la presque totalité des actions de ces deux sociétés.

Au mois d'avril 1921, les administrateurs de la Rossia fondèrent la société anonyme « Caross » ayant son siège social à Paris. Cette dernière société, en apparence indépendante, n'était, en réalité, que la continuation de la Rossia puisque les administrateurs de l'ancienne société russe se virent attribuer 20.000 actions sur les 21.000 émises en rémunération de l'apport qu'ils firent des 3/4 des actions possédées par la Rossia dans la Rossia C° Insurance of America. On voit le processus par lequel les administrateurs sont arrivés à ressusciter en fait, d'une façon détournée, l'ancienne société Rossia, tout en la recouvrant d'un vêtement juridique français.

71. — (2) Cf. notamment, Trib. civ. Seine (Référés), 23 décembre 1924 (Clunet 1925, p. 419) ; Trib. civ. Seine 29 juin 1932 (Clunet 1935, p. 663).

succursales. Ayant emporté les papiers de la société et les livres de comptes, ils se sont efforcés de réorganiser leur société et de lui donner une impulsion nouvelle dont le centre effectif n'était plus le siège social situé en Russie, mais le siège de la succursale.

Cette hypothèse présente donc certaines analogies avec celle envisagée précédemment, en ce sens que l'on a assisté à un déplacement du siège social de Russie en France, mais il s'agissait en l'occurence d'un simple déplacement de fait dû au développement pris par la succursale à la suite des circonstances, et le déplacement n'avait pas été suivi d'une reconstitution régulière de la société la dotant d'un statut juridique français.

Dans ces conditions, pouvait-on considérer que le seul fait que la succursale, domicile secondaire, s'était muée en un siège social indépendant, était suffisant pour justifier la compétence de la loi française et pour permettre à la société de continuer à vivre en France comme société de statut juridique français ?

Certains tribunaux français n'ont pas hésité à le faire. On trouve notamment, dans l'ordonnance de mainlevée du séquestre de la Banque russo-asiatique, le passage suivant qui est particulièrement symptômatique de la tendance du juge : « Attendu que les conseils de surveillance, etc... se sont reconstitués, et gèrent les intérêts généraux de la société, qu'elle envisage des accords sur l'actif social allant jusqu'à l'Extrême-Orient, qu'il résulte de ces constatations de fait que la succursale a perdu ce caractère et apparaît comme devenue le siège même de la société » (1).

Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques très vives (2), car elle procédait d'une méconnaissance profonde du caractère de la succursale. En effet, à la différence de la filiale, qui est une société distincte de la société mère, et jouit de ce fait d'une large autonomie, la succursale ne constitue pas une société indépendante dotée de la personnalité morale (3). Elle n'est pas autre chose qu'une ramification, qu'un accessoire de la société mère, ou, suivant la définition donnée par la jurisprudence française, un « domicile social secondaire » (4) dont l'intérêt apparaît bien au point de vue de la compétence juridictionnelle, mais qui ne saurait servir de fondement à la

72. — (1) Cf. le texte de cette ordonnance dans la note de M. Picard au D. 1929.2.113. Voir dans le même sens : Trib. civ. Seine (Référés) 28 février 1927 ; Trib. comm. Seine 29 juin 1932 (Clunet 1932, p. 663).

72. — (2) Cf. notamment PERRET, *op .cit.*, n° 21, p. 37; SAVATIER, note au D.P. 1934, p. 10; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Bulletin du Comité français de Droit international privé, 1934, p. 57.

72. — (3) GEGOUT. *Filiales et Groupements de sociétés*, thèse, Paris, 1929, n° 50, p. 82.

72. — (4) Besançon, 25 janvier 1928 (S. 1928.2.63).

compétence législative. Dans ces conditions, l'application du principe « accessorium sequitur principale » devait nécessairement conduire à décider que la dissolution de la société entraînait de plein droit celle de la succursale.

La succursale étant dissoute, il fallait procéder à sa liquidation, et c'est à ce propos que le problème de la compétence législative s'est posé. Deux positions apparaissaient théoriquement possibles.

La jurisprudence pouvait tout d'abord se borner à considérer les biens de la société situés en France comme une masse de biens qui, à l'image de la succursale, ne possédait pas la personnalité morale, et appliquer la loi française à titre de *lex rei sitæ*. Toutefois, cette solution présentait un double inconvénient : elle était contraire au principe du droit français, relatif à la liquidation des sociétés qui admet la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation (5). Elle risquait de léser les créanciers sociaux en les dépouillant de leur droit de préférence.

Aussi la jurisprudence française semble s'être ralliée à un système différent. Elle considère que la suppression de la personnalité morale de la société russe entraîne nécessairement la dissolution des succursales, mais qu'elle a également pour effet de rompre le lien unissant les succursales à la société mère, ainsi que les succursales entre elles. Comme le fait remarquer M. Perret : « Elles sont susceptibles, dorénavant, d'une vie propre dans la mesure où la leur reconnaît la loi du pays où elles fonctionnaient. » (6).

A raison de l'affirmation de ce principe d'indépendance, on assiste à une transformation profonde de la condition des succursales des sociétés russes. Ce ne sont plus désormais des « succursales », mais des sociétés indépendantes dont la personnalité morale doit être appréciée en fonction de la loi locale.

Or, la loi française leur attribue, pour les besoins de la liquidation, la personnalité morale restreinte qu'elle reconnaît aux sociétés de fait. Dans ces conditions, la compétence de la loi française apparaît normale puisqu'il s'agit d'une société de fait, créée en France et y possédant son siège social. On applique purement et simplement à la société de fait la règle de compétence législative en vertu de laquelle la société doit être soumise à la loi du siège (7).

Cependant, cette solution n'est possible que lorsque la société possède une succursale en France. Lorsqu'au contraire elle est

72. — (5) Cf. infra n° 238.

72. — (6) PERRET, *op. cit.*, n° 21, p. 39.

72. — (7) La jurisprudence française a appliqué très largement aux succursales des sociétés russes la notion de société de fait. Cette application était d'ailleurs parfaitement légitime, car, comme le fait remarquer M. Perret, *op. cit.* n° 22, p. 40), « on reconnaît l'existence d'une société de fait quand une

dépourvue d'organes de fonctionnement dans notre pays, le problème se pose sous un jour différent et il faut nécessairement abandonner la compétence de la loi du siège social.

3° *Cas des sociétés russes possédant des biens en France mais dépourvues d'organisation dans notre pays*

73. — De nombreuses sociétés russes effectuant des opérations en France et y possédant des biens n'avaient pas d'organes de fonctionnement dans notre pays.

Ce défaut d'organisation privait des tribunaux français de la possibilité de considérer la société comme une société de fait possédant en France un siège social fondant la compétence de la loi française.

Il était cependant nécessaire de procéder à la liquidation des biens situés en France et de déterminer la loi régissant la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation.

Devant l'impossibilité d'appliquer la loi soviétique, la jurisprudence a été conduite à apprécier la personnalité morale de la société en fonction de la loi française, mais ici la compétence de la loi française n'est plus une compétence normale reposant sur le critère du siège social, mais une compétence exceptionnelle fondée sur des raisons d'ordre public (1).

L'intérêt des créanciers de la société et du crédit public en général stipulait la liquidation des biens situés en France, liquidation qui nécessitait elle-même la détermination de la loi applicable. Devant la carence de la loi du siège, on revient à la compétence de la loi française à titre de *lex fori*, parce qu'elle est seule susceptible d'assurer la survie de la personnalité morale et de conserver, de ce fait, aux créanciers sociaux leur droit de privilège par rapport aux créanciers personnels des associés.

Dans les diverses hypothèses envisagées, seules des circonstances de fait exceptionnelles entravaient l'application normale de la loi du

société est annulée par suite de son irrégularité, sauf si la société est illicite ou viciée par un vice grave. A plus forte raison doit-il en être ainsi quand (c'est le cas de la société russe), la société était parfaitement régulière et l'est restée, mais que les circonstances extérieures la mettent dans l'impossibilité de fonctionner ».

V. en jurisprudence : Paris, 23 avril 1931 (Clunet 1931, p. 1116) ; Trib. comm. Seine, 12 juillet 1929 (Clunet 1929, p. 1122) ; 23 janvier 1934 (Revue de Droit Intern. 1934, p. 782); 27 juin 934 (Clunet 1935, p. 117 et la note).

73. — (1) Paris, 2 janvier 1928, et Bordeaux, 13 juin 1928 (Clunet 1929, p. 115);Trib. comm. Seine, 23 janvier 1934 (Revue critique de Droit International 1934, p. 782, note Niboyet); Trib. comm. Seine, 21 janvier 1935 (Revue critique de Droit International 1935, p. 491); Trib. civ. Seine, 9 mai 1925 (Clunet 1926, p. 127).

siège social. Sa compétence peut également se heurter à un obstacle d'une nature toute différente: obstacle de droit résultant d'un défaut de communauté juridique entre les systèmes de solution de conflits de lois.

Section II

OBSTACLE DE DROIT A L'APPLICATION DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL : LA THÉORIE DU RENVOI

74. — L'application par les tribunaux français de la loi du siège social ne soulève pas de difficultés lorsque ce dernier est situé en France. Dans ce cas, l'application du système français de solution de conflits de lois conduit, en effet, à attribuer compétence à la loi française, compétence que cette dernière ne saurait décliner puisqu'elle est conforme aux principes posés par sa propre règle de conflit.

Mais si le siège social est situé à l'étranger, l'application du système français de solution de conflits de lois peut soulever des difficultés beaucoup plus considérables dans l'hypothèse où la loi étrangère du siège social se refuse à accepter la compétence qui lui est déférée parce que sa propre règle de conflit, se fondant sur un critère différent de celui admis par le Droit international privé français, déclare que la société doit être soumise soit à la loi française soit à la loi du troisième pays.

On se trouve alors en présence d'un conflit négatif qui a sa source dans le défaut de communauté juridique existant non seulement entre les dispositions de fond du droit des sociétés des deux pays, mais entre les deux systèmes de solution de conflits de lois.

Pour résoudre le conflit négatif, peut-on, nonobstant le refus de sa règle de conflit, admettre la compétence de la loi étrangère et lui faire régir la société contre son gré ? Doit-on, au contraire, prendre en considération le système étranger de solution de conflits de lois et admettre la compétence de la loi française par renvoi de la loi étrangère ?

On est en face d'une application en matière de sociétés du délicat problème du renvoi dont l'étude sur le plan général a suscité des controverses passionnées.

Il convient d'ailleurs de remarquer que, dans le domaine des sociétés, les hypothèses de renvoi sont extrêmement rares pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le renvoi implique nécessairement un conflit négatif qui suppose lui-même un défaut de communauté juridique entre les deux règles de conflits en présence. Or, en matière de

sociétés, la grande majorité des systèmes de solution de conflits de lois s'accordent à reconnaître la compétence de la loi du siège social. On pourrait, certes, concevoir théoriquement que la controverse sur la nationalité des sociétés fasse naître des hypothèses de renvoi entre les pays qui résolvent le problème de compétence législative en fonction du concept de nationalité et ceux qui déterminent la loi applicable en tenant compte du domicile,ce qui est le cas des Etats Sud-Américains. Mais il n'en est rien puisque la nationalité de la société se détermine en fonction du domicile. Dans l'un et l'autre cas, la loi compétente sera celle du siège social. Dans ces conditions, le titre auquel elle s'applique est sans importance, le résultat devant être seul pris en considération.

D'autre part, les hypothèses de renvoi seront le plus souvent limitées à la période de constitution de la société. En effet, lorsqu'une société effectuant des opérations en France a été constituée conformément aux prescriptions de la loi française, le juge français se préoccupe rarement de rechercher si la compétence de la loi française est fondée puisque la société est venue s'y soumettre et qu'elle confère aux tiers français, contractant avec la société, le maximum de sécurité (1).

C'est d'ailleurs au juge étranger du pays sur le territoire duquel la société a son siège social réel de prendre la sanction qui s'impose si elle s'est soustraite frauduleusement à la compétence de la loi normalement applicable, soit en édictant la nullité de la société, soit en rétablissant le siège social au lieu où il doit être. S'il ne l'a pas fait, il a reconnu implicitement la compétence de la loi française.

Pour ces différentes raisons, les exemples de conflit négatif sont très rares. C'est ce qui explique l'absence de décisions jurisprudentielles relatives au renvoi en matière de sociétés. Les seuls arrêts dans lesquels nos tribunaux aient eu l'occasion d'appliquer le renvoi aux sociétés ont été rendus dans l'affaire du chemin de fer Madrid-Saragosse, à propos d'une question de compétence juridictionnelle. Ils sont donc étrangers au problème de conflit de lois (2).

74. — (1) Req. 22 janvier 1923 (S. 1924.1.73, note Niboyet).

74. — (2) Le plus souvent le juge français sera amené à examiner si la société a réellement son siège social en France à propos d'un problème de jouissance des droits. La jurisprudence continue, en effet, à lier, dans une large mesure, la jouissance des droits à la situation du siège social. Les sociétés françaises concurrentes pourront alors faire valoir que la société a son siège social réel à l'étranger. Le tribunal, constatant l'existence effective du siège à l'étranger, sera alors amené à déclarer que c'est à tort que la société a soumis son statut aux dispositions de la loi française et à attribuer compétence à la loi du siège. Si la règle de conflit de cette dernière dispose que c'est la loi du centre d'exploitation qui doit régir le statut juridique de la société, le conflit négatif naîtra alors entre les deux systèmes de solution de conflits de lois.

Cependant, l'hypothèse du renvoi en matière de compétence législative relative aux sociétés, si rare soit-elle, ne doit pas pour autant être exclue. Il est facile, en effet, de découvrir des exemples dans lesquels un conflit négatif se pose.

On peut supposer, en effet, qu'une société ait son centre d'exloiptation en France et son siège social au Brésil. Le système français de solution de conflits de lois attribue compétence à la loi du siège social, donc à la loi brésilienne. Si la règle de conflit brésilienne adopte le centre d'exploitation comme critère de détermination de la compétence législative, elle décidera que la société doit être soumise à la loi française.

Ne devra-t-on pas décider, dans cette hypothèse, que la société est régie par la loi française par renvoi de la loi brésilienne ?

75. — La solution de ce problème est liée à la conception que l'on se fait du renvoi sur le plan général.

La jurisprudence française a, dans de nombreuses décisions, consacré la théorie du renvoi, et l'on peut dire que, depuis l'affaire Forgo, cette institution a pénétré dans notre droit positif.

Cependant, le fait que le renvoi soit passé dans la jurisprudence française ne saurait impliquer qu'il est admis sans restrictions par l'unanimité de la doctrine.

De nombreuses et très vives critiques ont été, en effet, adressées par les auteurs modernes à la théorie du renvoi envisagée sous sa forme classique, c'est-à-dire comme l'application de la loi française en vertu du système étranger de solution de conflits de lois (1).

Il est inutile de reprendre ici en détail l'ensemble de ces critiques qui ressortissent davantage à l'étude du renvoi sur le plan général qu'à son application en matière de sociétés. Il suffit de rappeler brièvement les griefs qui, à notre avis, sont déterminants, et dont la portée, en matière de sociétés, est particulièrement étendue.

75. — (1) Cf. parmi les principaux adversaires de la doctrine classique du renvoi : LABBÉ : *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la loi applicable à la cause* (Clunet 1905, p. 5 et 7); LAINÉ : *La Théorie du renvoi en Droit International Privé* (Revue de Droit Intern. 1906, p. 605; 1907, p. 43, 313, 661; 1908, p. 729; 1909, p. 12); H. DONNEDIEU DE VABRES : *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois,* thèse, Paris 1905; AUDINET : *Principes élémentaires de Droit International privé,* nos 314 et s.; DESPAGNET et DE BOECK : *Précis,* p. 329 et s.; PERROUD : *Observations sur la question du renvoi* (Clunet 1925, p. 656, 660); PHILONENKO : *La théorie du renvoi quant à la loi applicable à la capacité des personnes dans le projet de code de droit international de l'Amérique latine* (Clunet 1928, p. 315-328); PILLET : *Principes,* nos 63 et s. *Traité pratique,* t. I, n° 56; Revue de Droit International, 1913, p. 5-14, reproduit mélanges Pillet, t. II, p. 128); VALÉRY : *Manuel,* n s 441 et s.; DE LAPRADELLE, note à la Revue de Droit International, 1910, p. 870; BARTIN : *Etudes,* p. 83 et s.; *Principes,* t. I, p. 200 et s.; NIBOYET, *Traité,* t. III, n° 1013, p. 470; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis,* 4e éd. n° 259, p. 299; P. Louis LUCAS, *Répertoire de Droit Inter-*

La première de ces critiques vise la complexité qu'engendre le renvoi au point de vue de la détermination de la compétence législative lorsque le système de solution de conflits de lois du pays étranger renvoie, non à la loi française, mais à celle d'un troisième pays.

On se trouve alors en présence du renvoi au second degré, auquel cas l'application de la doctrine classique risque de faire naître des difficultés considérables. En effet, si l'on suppose que la règle de conflit du droit français attribue compétence à la loi anglaise, et que cette dernière déclare que le rapport de droit doit être soumis à la loi allemande, on devra, conformément au principe d'indivisibilité du droit interne et de la règle de conflit qui est à la base de la doctrine classique du renvoi, consulter le système allemand de solution de conflits de lois qui peut lui-même attribuer compétence à la loi italienne. Dans ces conditions, on tourne dans un cercle vicieux, car on est en présence d'une série de lois qui s'estiment toutes incompétentes.

La jurisprudence (2), en construisant la théorie du renvoi, ne semble pas avoir aperçu ce problème. On ne saurait d'ailleurs lui en tenir grief, car toutes les espèces qui lui ont été soumises étaient relatives au renvoi au premier degré, le système étranger de solution de conflits de lois renvoyant directement la compétence à la loi française (3).

national de Lapradelle et Niboyet, v. Renvoi; RIGAUD (Cours de Droit International privé, Paris, Domat-Montchrestien 1937); MAURY, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1936, p. 58, nos 170, 200, p. 519-550; ARMINJON, *Précis*, 2e édit., . I, nos 67 et s.; *Le Renvoi* (Revue de Droit international 1922-1923, p. 565-587).

Cf. à l'étranger : ANZILOTTI, note dans le *Rivista di diritto internazionale* 1906, p. 570-585; KAHN, *Adhandlungen Zum Internationalen Privatrecht*, t. I, p. 24 et s. ; POLITIS, *Le Droit International Privé en Grèce* (Clunet 1908, p. 5-25).

75. — (2) Cf. : Cass. 5 mai 1875 (S. 1875.1.409); Cass. 24 juin 1878 (S. 1878.1.429; D. 1879.1.56; Clunet 1879, p. 285); Cass. Req. 22 février 1882 (S. 1882.1.393, note Labbé; D. 1882.1.301; Clunet 1883, p. 64); Cass. Req. 1er mars 1910 (S. 1913.1.105; D. 1912.1.262 avec le rapport de M. le Conseiller Denis; Revue de Droit International, 1910, p. 870; Clunet 1910, p. 888); Cass. Req. 7 novembre 1933 (Revue de Droit International 1934, p. 440; Clunet 1935, p. 88); Sur pourvoi d'Alger, 12 janvier 1931 (Revue de Droit Internationa, 1931, p. 568; D. 1933.2.101, note critique Chauveau); Cass. Civ. 7 mars 1938 (Revue de Droit International 1938, p. 472, note Batiffol ; Clunet 1938, p. 784) ; Cass. Req. 10 mai 1939 (Revue de Droit International, 1939, p. 472). Cf. également les décisions citée par POTU, *La question du renvoi en Droit international privé*, thèse, Dijon 1913, et P. Louis LUCAS, *Répertoire de Droit international de Lapradelle et Niboyet*, v. Renvoi.

75. — (3) On a cependant interprété parfois comme une espèce de renvoi au second degré celle soumise à la Chambre des Requêtes le 7 novembre 1933 précité. Un Anglais israélite était décédé en Tunisie en 1850. Conformément à la règle admise dans les pays de capitulations, dans lesquels les Européens sont soumis à leur loi nationale, la succession devait être soumise à la loi

Toutefois, l'extrême rareté pratique du renvoi au second degré ne saurait empêcher d'en envisager la possibilité. En matière de sociétés, il peut parfaitement se concevoir. Il suffit, pour s'en convaincre, de prendre l'exemple d'une société possédant son siège social en Suède, son centre d'exploitation en France, et dont la majorité des actionnaires possède la nationalité norvégienne. En vertu de la règle française de conflit, le tribunal français devrait attribuer compétence à la loi suédoise, loi du siège social. Mais cela ne sera possible que si le système suédois de solution de conflits de lois accepte cette compétence. S'il renvoie à la loi du centre d'exploitation, en l'occurence la loi française, il y aura bien renvoi au premier degré ; s'il attribue, au contraire, compétence à la loi de la majorité des actionnaires, il faudra, si l'on applique la doctrine classique du renvoi, se tourner vers la loi norvégienne qui peut elle-même déclarer que la société doit être soumise à la loi du lieu de constitution. On retombe dès lors dans tous les inconvénients que nous avons déjà signalés.

Cependant, en matière de sociétés, on se trouvera presque toujours en présence d'hypothèses de renvoi au premier degré, parce que les différents systèmes juridiques fondent à peu près exclusivement la détermination de la loi applicable soit sur le critère du siège social, soit sur celui du centre d'exploitation. C'est pourquoi cette objection n'a qu'une portée restreinte.

76. — La critique décisive que l'on peut adresser à la doctrine classique réside dans l'abdication de souveraineté qu'elle implique de la part de la règle de conflit de l'Etat qui accepte le renvoi. La règle française de conflit est, en effet, pleinement souveraine et autonome, et n'a pas, en conséquence, à s'incliner devant un système étranger de solution de conflits de lois. Cette abdication se justifie d'autant moins que la compétence attribuée par la règle française de conflit à la loi du siège social repose sur des motifs sérieux d'opportunité, et notamment sur le désir de soumettre le statut juridique de la société à la loi de l'Etat avec lequel elle est unie par un lien suffisamment étroit.

britannique. Cette dernière, en vertu des principes de solution des conflits de lois interprovinciaux, attribua compétence à la loi de Gibraltar qui renvoya à la loi du domicile du défunt, soit la loi tunisienne. Mais comme la territorialité du droit est inconnue en Tunisie, où l'on applique exclusivement la loi personnelle, on appliqua la coutume mosaïque qui régit en Tunisie les Israélites. Il n'y a pas, en réalité, dans cette hypothèse, de renvoi au second degré, car seul le renvoi de la loi de Gibraltar à la loi tunisienne présente le caractère de renvoi international. L'attribution de compétence à la loi de Gibraltar par la règle de conflit britannique est la solution normale d'un conflit intercolonial.

D'autre part, l'abdication par le système français de solution de conflits de lois de sa souveraineté se conçoit difficilement en présence de la tendance moderne qui affirme l'indépendance absolue de chaque règle de conflit. Comme l'affirme très justement M. Niboyet : « Si l'on part de l'indépendance des Etats et du fait que chacun d'entre eux détermine, en toute liberté, les règles de solution de conflits de lois qui lui paraissent bonnes, tant en ce qui concerne sa propre compétence que la compétence étrangère, si la France déclare dans un cas déterminé qu'elle entend décliner la compétence, c'est probablement parce qu'elle estime que sa compétence n'est pas fondée et, si elle se décide pour telle compétence étrangère, c'est que probablement elle lui paraît seule juste et non le résultat d'une concession. Telle est du moins la doctrine classique. Si, dès lors, il en est ainsi, toute admission du renvoi se heurte à la notion de souveraineté et tend à substituer la souveraineté étrangère à la nôtre, ce qui va à l'encontre du principe le plus fondamental qui soit du droit des gens » (1). Comme le note également Pillet : « Il ne peut appartenir évidemment qu'à l'Etat de tracer lui-même les limites de sa souveraineté et de la souveraineté d'autrui sur son territoire ».

Toute la difficulté provient, en réalité, du heurt entre deux souverainetés qui se recouvrent partiellement l'une l'autre : celle de l'Etat français qui lui permet de déterminer, à propos d'un litige pendant sur son territoire, la compétence de la loi étrangère, celle de l'Etat étranger qui commande de le laisser seul juge du domaine d'application de sa propre loi.

C'est donc l'opposition entre ces deux souverainetés qui engendre le conflit négatif. Il faut, en conséquence, découvrir une solution du conflit négatif qui ménage les susceptibilités des deux Etats en présence et n'implique, de la part d'aucun d'entre eux, une abdication de sa souveraineté.

C'est en ce sens que s'est dirigée la doctrine moderne. Elle ne pouvait que constater que la jurisprudence française n'impose pas à la loi étrangère la compétence lorsqu'elle ne l'admet pas. Aussi, s'est-elle efforcée d'aboutir au résultat du renvoi par un raisonnement différent qui lui permette de laisser intacte la souveraineté de la règle de conflit française (2).

76. — (1) NIBOYET. *Traité*, t. III, p. 467.

76. — (2) Nous n'analysons que les théories des auteurs qui se sont efforcés de découvrir une explication juridique du « renvoi ». D'autres auteurs, comme M. Maury, voient dans le renvoi un simple expédient sans lui chercher de fondement juridique, parce qu'il le juge indéfendable en droit. M. Maury admet la compétence de la lex fori au cas de renvoi au premier degré, parce que, déclare-t-il, « le juge n'a qu'en appliquant son propre droit le maximum de chances d'arriver à la solution exacte, car ce droit est le seul dont il ait une

Deux systèmes principaux ont été soutenus sur ce point : celui de M. Lerebours-Pigeonnière et celui de M. Niboyet. Bien qu'ils paraissent très voisins, ils procèdent, en réalité, d'idées fort différentes, et sont le reflet des conceptions divergentes de leurs auteurs quant aux principes généraux de la science des conflits.

Il est nécessaire de les analyser et d'envisager leur application aux sociétés, car c'est à la lumière des enseignements découlant de leur confrontation que l'on peut espérer découvrir la solution rationnelle du conflit négatif qui se pose en notre matière.

A. — *Théorie de M. Lerebours-Pigeonnière* (1)

77. — M. Lerebours-Pigeonnière a proposé une conception originale qui révolutionne véritablement le problème en le posant sur des bases nouvelles.

Il faut, d'après le savant auteur, partir du caractère double de la règle de conflit française. Cette dernière, en effet, ne se désintéresse pas de la compétence de la loi étrangère. Dans certaines hypothèses, cette compétence lui paraît utile et juste, et elle n'hésite pas, le cas échéant, à la consacrer. Mais son adoption de la loi étrangère repose sur la présomption qu'il existe entre la règle française de conflit et le système étranger de solution de conflits de lois une certaine communauté devant les conduire à consacrer des solutions concordantes quant à la détermination de la compétence législative. Si cette communauté juridique n'existe pas, on ne peut que constater cette divergence entre les deux règles de conflit, car le système français de solution de conflits de lois, lorsqu'il désigne pour la réglementation d'un rapport international une loi étrangère, vise bien la loi matérielle, mais ordonne de l'appliquer telle qu'elle est, dans sa réalité extérieure, ce qui implique qu'elle possède, en vertu du droit international privé étranger une compétence propre (2).

Dès lors, en présence de ce défaut de communauté juridique entre les deux systèmes de solution de conflits de lois, il est nécessaire de reviser la solution donnée par la règle de conflit française, car la présomption de communauté qui fondait l'affirma-

connaissance véritable ». L'éminent auteur admet également le renvoi au second degré lorsqu'il existe une certaine harmonie entre le droit qui renvoie et le droit français. Cf. MAURY, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1936, t. 57, N° 199, p. 548).

77. — (1) Clunet, 1924, p. 877 et s.; *Précis*, 4e éd. n° 259, p. 299-305.

77. — (2) Cf. sur ce point, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 4e éd., n° 259, p. 300; NIBOYET (S. 1943, p. 30).

tion de la compétence de la loi étrangère s'est avérée contraire à la réalité des faits. Comme le fait remarquer M. Lerebours-Pigeonnière, « le défaut de communauté juridique entre les d. i. p. français et étranger est de nature à modifier notre conception du rattachement utile et juste ».

Mais quelle compétence substituer à celle de la loi étrangère qui se refuse et surtout comment justifier le retour à la compétence de la loi française sans porter atteinte à la souveraineté de la règle française de conflit ?

C'est ici que le système de M. Lerebours-Pigeonnière apparaît dans toute son originalité. D'après l'éminent auteur, il existerait, en effet, en France une règle alternative de solution de conflits qui comporterait une règle principale et une règle subsidiaire.

La règle principale offrirait à l'Etat étranger la compétence. Au cas de refus de celui-ci, on appliquerait la loi prévue par la règle subsidiaire pour pallier au défaut de communauté juridique entre la règle principale et le système étranger de solution de conflits de lois. La règle subsidiaire intervient « quand le défaut de communauté juridique destitue le règlement de droit commun de son équité, de son utilité normales ».

M. Lerebours-Pigeonnière évite ainsi la critique faite à la doctrine classique du renvoi, à savoir l'abdication de souveraineté qu'elle implique de la part de la règle française de conflit. En effet, ce n'est pas le système étranger de solution de conflits de lois, mais la règle subsidiaire française qui attribue compétence à la loi française ou à une loi étrangère autre que celle désignée par la règle française.

Ce résultat ne peut, de toute évidence, être obtenu que par une limitation du rôle du système étranger de solution de conflits de lois. On lui offre la compétence, et il doit se borner à exercer une option : accepter ou refuser. S'il la refuse, son rôle s'arrête là. On voit alors réapparaître, en vertu de la règle subsidiaire de conflit la compétence de la loi française qui demeure toutours sous-jacente, car le système français de solution de conflit de lois ne se désintéresse jamais de la question. C'est donc le refus opposé par la règle étrangère de conflit à l'offre qui lui est faite par le système français qui déclanche automatiquement l'intervention de la règle subsidiaire.

Il convient d'ailleurs de remarquer, et cette observation revêt une importance capitale, car c'est sur ce point que le système de M. Lerebours-Pigeonnière se différencie d'autres conceptions modernes comme celle de M. Niboyet, que l'intervention de la règle subsidiaire française ne conduit pas nécessairement à la compétence de la lex fori. M. Lerebours-Pigeonnière se refuse, en effet, à ériger en principe général, aussi bien de lege lata que de lege ferenda, la

compétence de la loi du for et répugne à l'idée de résoudre sans examen, par l'intervention de la lex fori, tout conflit négatif entre les d. i. p. français et étranger. C'est seulement lorsque les principes du Droit international privé français ne justifient pas d'une règle subsidiaire préférable que l'éventualité de la compétence de la loi du for devra être envisagée (3).

M. Lerebours-Pigeonnière, pour illustrer son raisonnement, prend l'exemple d'un tribunal français ayant à statuer sur une question relative à la capacité d'un Anglais domicilié dans un pays tiers. La règle principale attribuera compétence à la loi nationale, donc à la loi anglaise. Cette dernière refusant la compétence parce que la règle anglaise de conflit se prononce en faveur de la loi du domicile, on aura recours, pour déterminer la compétence législative, à la règle subsidiaire française dont l'intervention ne conduira pas nécessairement à l'application de la loi française à titre de lex fori. La règle subsidiaire pourra, en effet, se prononcer en faveur de la loi du domicile parce que, à défaut de la loi nationale, c'est celle dont la compétence répond le mieux aux intérêts de la personne dont l'acquisition du droit est en cause. Dans l'exemple choisi, on adoptera donc la loi du pays tiers sur le territoire duquel l'Anglais est domicilié, alors que si l'on avait admis la compétence automatique de la lex fori, on serait nécessairement revenu à l'application de la loi française.

M. Lerebours-Pigeonnière n'a illustré sa théorie que par des exemples empruntés à l'état des personnes et aux successions mobilières, mais il n'en limite pas pour autant le domaine à ces deux matières, et considère, au contraire, qu'elle possède une valeur générale. Elle apparaît d'ailleurs théoriquement applicable en matière de sociétés.

On peut, pour montrer l'originalité des conséquences qu'elle produit en ce domaine, prendre l'exemple d'une société ayant son siège social au Brésil et son centre d'exploitation en Argentine. Le problème de la détermination de la loi applicable se pose en France à propos d'un droit qu'elle cherche à y acquérir. Le système français de solution de conflits de lois attribue compétence à la loi brésilienne du siège social pour régir la société. Or, la règle brésilienne de conflit peut se prononcer en faveur de la loi nationale de la majorité des associés, qui peut être, en l'occurence, la loi française. L'application de la doctrine classique du renvoi conduira donc à attribuer compétence à la loi française, ainsi d'ailleurs que le fera l'application automatique de la lex fori. Si l'on admet, au contraire,

77. — (3) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 4e éd. n° 259, p. 304.

que la compétence est dictée par la règle subsidiaire française, et que cette dernière se prononce en faveur de la loi du centre d'exploitation, on soumettra le statut juridique de la société à la loi argentine.

78. — Le système de M. Lerebours-Pigeonnière apparaît donc théoriquement applicable aux sociétés. Sur le terrain des principes juridiques, rien ne s'y oppose. Par contre, sur le terrain pratique, la mise en œuvre de la conception de M. Lerebours-Pigeonnière est beaucoup plus délicate, car elle se heurte, dans le domaine des sociétés, à un double obstacle : la difficulté de dégager la règle subsidiaire de conflit et la complexité qu'elle engendre lorsque la loi compétente en vertu de la règle subsidiaire décline à son tour cette compétence, ce qui sera fréquent en matière de sociétés.

1°) Difficulté de dégager une règle subsidiaire de conflit

La détermination de la loi compétente à titre subsidiaire est relativement aisée lorsqu'il s'agit soit de l'état et de la capacité des personnes, soit des successions mobilières. En matière d'état et de capacité, la compétence de la loi du domicile peut, en effet, seule s'imposer à défaut de celle de la loi nationale (1), car ces deux lois ont seules un intérêt suffisant pour pouvoir prétendre régir le statut personnel de l'individu. De même, en matière de successions mobilières, à défaut de la loi du domicile de droit du défunt, seule la loi de sa résidence peut invoquer une aptitude théorique à régir la succession.

En matière de société, la détermination de la loi compétente en seconde ligne est beaucoup plus délicate, car il est extrêmement difficile d' « induire des données de la matière » la compétence législative subsidiaire.

La recherche du critère pouvant servir de fondement à la compétence législative nous a, en effet, révélé que, seul, le siège

78. — (1) Cf. Lerebours-Pigeonnière (Clunet 1924, p. 898) : « Nous avons à résoudre en droit positif le conflit suivant : deux Etats, dans mon opinion, peuvent avoir intérêt à réglementer l'état et la capacité des personnes pour des raisons différentes; l'Etat de la résidence habituelle a toujours un titre à revendiquer parce que sa loi sera la mieux adaptée aux besoins du milieu; l'Etat national a un titre à faire valoir lorsque sa notion de la nationalité lui donne un intérêt politique à maintenir ses sujets expatriés, non seulement dans son unité politique, mais encore dans son unité spirituelle. Dans le cas contraire, il n'a qu'un intérêt tout à fait secondaire. »

social constituait une solution rationnelle. Tous les autres critères recèlent des imperfections pour des raisons différentes. Il est donc difficile d'établir entre eux une hiérarchie.

D'ailleurs, la jurisprudence ne le fait pas et même les utilise en leur faisant une place à peu près équivalente comme éléments de fait servant à fonder la réalité du siège social.

Il est donc difficile de déterminer quelle est la loi qui, en cette matière, devrait rallier, à défaut du siège social, les suffrages du juge français. Cependant, la faveur marquée autrefois par la jurisprudence au centre d'exploitation, jointe au caractère objectif de ce dernier, permet de penser que c'est la loi du centre d'exploitation qui est la plus qualifiée pour revendiquer la compétence en seconde ligne.

Cependant, il est impossible de poser une règle générale et absolue, et force nous est d'adopter ici une méthode analytique, car l'application de la loi du centre d'exploitation pourra se heurter à des obstacles insurmontables lorsque la société possèdera plusieurs centres d'exploitation disséminés sur le territoire de divers pays et ayant une importance à peu près identique.

Cependant, en dépit de ses défauts, le centre d'exploitation est le moins mauvais des critères subsidiaires, car l'application de la loi du lieu de constitution n'aurait qu'une portée extrêmement limitée par suite de la confusion qui existe dans la grande majorité des cas entre le pays de constitution et celui du siège social. Pour cette raison, la compétence en seconde ligne de la loi du lieu de constitution n'apporterait pas la solution souhaitée, car elle aurait pour effet de retourner la compétence au législateur du siège social qui l'a déjà refusée.

Quant à la loi de la majorité des associés, elle se justifie difficilement sur le terrain des conflits de lois, à raison des inconvénients majeurs qu'engendre son instabilité, inconvénients qui condamnent de façon péremptoire sa compétence subsidiaire, comme sa compétence principale.

Donc, si l'on veut dégager une règle subsidiaire de conflit en matière de société, on ne peut qu'admettre la compétence de la loi du centre d'exploitation, mais on ne peut le faire qu'avec circonspection, et il est impossible de lui attribuer la généralité qui la rendrait indiscutable. Seules les circonstances de la cause permettent de dire si elle rend compte de la réalité des faits.

D'ailleurs, même si elle semble s'imposer, son application peut conduire à une impasse si la loi à laquelle elle attribue compétence refuse de l'accepter.

2°) La complexité engendrée par le système de M. Lerebours-Pigeonnière, lorsque la loi compétente en vertu de la règle subsidiaire française refuse cette compétence

Nous supposons admis le principe que la compétence en seconde ligne appartient à la loi du centre l'exploitation.

Si l'on reprend l'hypothèse envisagée d'une société ayant son siège social au Brésil et son centre d'exploitation en Argentine, la règle subsidiaire française entrant automatiquement en action à la suite du refus de la loi bérsilienne du siège social attribuera compétence à la loi argentine.

Le problème ne sera définitivement réglé que si le système argentin de solution de conflits de lois accepte cette compétence, c'est-à-dire s'il se prononce également en faveur du centre d'exploitation.

Or la majorité des systèmes juridiques sont favorables à la loi du siège social. Il y a donc de fortes chances pour que si, par hasard, on s'est adressé en première ligne à une règle de conflits consacrant le critère du centre d'exploitation, on attribue compétence en seconde ligne à une loi dont la règle de conflit favorable au siège social refusera la compétence qui lui est offerte.

On retombe exactement dans l'hypothèse du renvoi au second degré avec toutes les complications qu'elle entraîne.

Pour résoudre le problème, deux positions peuvent être théoriquement envisagées.

On peut tout d'abord appliquer la règle subsidiaire française, nonobstant le refus de la loi étrangère compétente en seconde ligne, puisque la règle subsidiaire de conflit n'est pas, comme la règle principale, fondée sur une présomption de communauté juridique entre les systèmes de solution de conflits de lois français et étranger.

Cette solution, qui peut se justifier si l'on tient compte du seul droit international privé français, est cependant illogique, car on arrive à appliquer une loi étrangère dans une hypothèse où elle-même ne se reconnaît pas compétence.

On peut alors songer, en appliquant à nouveau le raisonnement de M. Lerebours-Pigeonnière, à dégager une troisième règle de conflit. Mais alors on aboutit à une solution d'une complication extrême, et il n'y a aucune raison de s'arrêter en chemin, car le nouveau système compétent en troisième ligne peut, à son tour, refuser la compétence.

Force est alors de revenir à la compétence de la lex fori.

Dans ces conditions, il est permis de se demander s'il ne serait pas plus simple d'admettre le retour automatique à la lex fori dès que la loi compétente en première ligne a décliné cette compétence. C'est la conception de M. Niboyet.

B. — *Théorie de M. Niboyet* (1)

79. — M. Niboyet part de principes analogues à ceux de M. Lerebours-Pigeonnière. Pour lui également, la compétence est simplement offerte à l'état étranger dont le rôle doit se borner à l'accepter ou à la refuser, mais qui ne peut posséder en aucun cas le droit de renvoyer à la loi française.

Toutefois, ce premier principe posé, M. Niboyet se sépare de M. Lerebours-Pigeonnière, car il ne pense pas qu'il soit nécessaire, pour découvrir la solution du conflit négatif, de faire appel à l'idée d'une règle subsidiaire de conflits qui n'est qu'une simple vue de l'esprit. « Il suffit de constater, déclare M. Niboyet, qu'il n'y a pas de compétence étrangère, faute d'acceptation par le pays étranger de l'offre qui lui a été faite. La condition à laquelle cette compétence était subordonnée disparaît, et dès lors, il n'y a plus de place pour aucune compétence étrangère ». On se trouve, dans cette hypothèse, en présence d'un rapport de droit apatride. Or, il est nécessaire que ce rapport de droit trouve une loi qui le régisse parce qu'il s'agit d'éviter un déni de droit, aucun individu ni aucune situation ne pouvant demeurer en dehors de la sphère de réglementation juridique, et qu'en conséquence, il n'est pas concevable qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France puisse demeurer sans réglementation.

Dès lors, pour M. Niboyet, le refus de l'Etat étranger faisant disparaître tout principe de compétence étrangère, la seule loi qui puisse s'appliquer est celle du pays où se pose la question de droit litigieuse. »On revient donc nécessairement à la compétence de la lex fori, et M. Niboyet fonde ce retour automatique à la loi du for sur l'ordre public, parce que c'est un principe de base du droit français que tout rapport de droit possédant une attache avec notre pays doit recevoir une réglementation juridique. Il s'ensuit que le système de M. Niboyet ne peut jouer que dans la mesure où les conditions d'application de l'ordre public se trouvent réunies, et notamment lorsqu'il y a un intérêt en cause que l'on ne puisse satisfaire autrement.

79. — (1) NIBOYET, *Traité*, t. III, p. 470 et s.

L'application de la théorie de M. Niboyet aux sociétés apparaît relativement aisée, car les conditions d'application de l'ordre public se trouveront le plus souvent réunies. En effet, si la question litigieuse relative à la société se pose en France, c'est que cette dernière possède avec la France une attache quelconque. Le retour à la compétence de la lex fori se trouve de ce fait justifié.

Toutefois, on peut se demander si ce retour automatique et général à la loi du for ne présente pas quelque danger. Ne risque-t-on pas, en effet, de soumettre le statut juridique de la société à la loi française qui possède un intérêt à le réglementer, mais un intérêt purement secondaire par rapport à d'autres lois étrangères ? Ce peut être le cas d'une société ayant son siège social en Suisse, un centre d'exploitation très important en Amérique et un centre d'exploitation secondaire en France. Si la détermination de la loi applicable se pose en France, le système français de solution de conflit de lois, devant le refus de la loi suisse, reviendra, dans le système de M. Niboyet, à la compétence de la loi française. Or, on peut se demander si, en pratique, à raison de l'importance plus grande du centre d'exploitation situé en Amérique, la compétence de la loi américaine ne serait pas plus justifiée. Le défaut de communauté juridique entre les systèmes français et étranger de solution de conflits de lois ne doit pas, en effet, faire perdre de vue le motif déterminant qui doit, en tout état de cause, présider à la détermination de la compétence législative : l'existence d'un lien suffisamment étroit entre la société et l'Etat à la loi duquel on attribue compétence.

C. — *Système proposé*

80. — Ainsi, le système de M. Niboyet, comme celui de M. Lerebours-Pigeonnière est, à notre avis, impuissant à rendre compte de la multiplicité des hypothèses envisagées. Toutefois, comme ils renferment chacun une grande part de vérité et que les critiques qui peuvent leur être adressées visent des situations différentes, il semble qu'ils puissent se compléter, et que la solution rationnelle du conflit négatif réside dans une juxtaposition harmonieuse de ces deux conceptions.

En conséquence, le juge français, lorsqu'il se trouvera en présence d'un conflit négatif résultant du refus de la loi du siège social à laquelle il a attribué compétence, devra, à notre avis, adopter l'attitude suivante :

Il devra tout d'abord rechercher si, à défaut du siège social, il n'existe pas un élément de rattachement unissant la société à un

État et possédant une force et une permanence suffisantes pour fonder la compétence législative. Dans l'affirmative, il pourra dégager une règle subsidiaire de conflit lui permettant d'attribuer compétence à la loi de cet État. En tout état de cause, c'est l'examen des circonstances de la cause qui lui révèlera la possibilité et l'opportunité de dégager une règle subsidiaire de conflit.

Dans la négative, il ne pourra que constater l'impossibilité d'appliquer une loi étrangère quelle qu'elle soit, puisque la seule loi dont la compétence est justifiée, celle du siège social, la refuse, et que la compétence des autres lois étrangères ne posséderait pas un fondement suffisant.

Il devra alors revenir nécessairement à la compétence de la *lex fori,* car il est nécessaire que la société soit soumise à une réglementation juridique. C'est donc seulement en présence de l'échec des efforts entrepris pour dégager une règle subsidiaire de conflit qu'il pourra faire appel à l'ordre public pour revenir à la compétence de la loi du *for.* L'échec de ses efforts pourra d'ailleurs résulter également du refus de la loi compétente en vertu de la règle subsidiaire de conflit.

C'est par ce système nuancé, adapté à la variété des espèces qui peuvent lui être soumises que le juge pourra donner une solution suffisamment souple pour rendre compte de la multiplicité et de la diversité des hypothèses de conflit négatif.

Abstraction faite du double obstacle de fait et de droit qui s'oppose à l'application du principe normal de compétence législative, obstacle dont l'existence demeure heureusement exceptionnelle, c'est à la loi du siège social de la société qu'il appartient de la régir, à condition que ce siège social ne soit pas fictif et que sa fixation ait été dictée par un intérêt sérieux en dehors de toute idée de fraude. Dans cette conclusion, nous rejoignons la jurisprudence et nous nous rallions entièrement à sa solution. Le triomphe du système qu'elle a édifié est d'ailleurs manifeste. Il n'est, pour s'en rendre compte, que de se référer à la diminution considérable des litiges relatifs à la détermination de la loi applicable. Par une construction suffisamment souple pour ne pas entraver le commerce international, et suffisamment dure pour décourager les tentatives de fraude, la jurisprudence est arrivée à concilier les intérêts en présence.

La loi de la société étant ainsi dégagée, il importe d'en définir la portée exacte dans le temps et dans l'espace.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il faudra s'efforcer de lui donner l'application la plus large possible afin d'assurer la permanence et l'unité du statut juridique de la société.

Il faudra tout d'abord s'attacher à déterminer sa portée d'application dans le temps : ce sera l'étude de la permanence de la loi de la société qui fera l'objet d'une seconde partie.

Il faudra ensuite rechercher sa portée d'application dans l'espace et s'attacher, pour atteindre ce but, à découvrir la solution des conflits opposant, non plus comme dans l'hypothèse précédente, la loi de la société à elle-même, mais opposant la loi de la société à des lois étrangères invoquant la compétence à un titre différent (*lex fori, lex rei sitae,* loi d'autonomie). Ce sera l'objet de la troisième partie consacrée au domaine de la loi de la société.

DEUXIÈME PARTIE

La permanence de la loi de la société

DEUXIÈME PARTIE

La permanence de la loi de la société

81. — Une des préoccupations essentielles qui ont dominé la détermination de la loi de la société était la recherche d'une loi possédant une permanence suffisante pour assurer l'unité dans le temps du statut juridique de la société.

C'est en effet seulement dans la mesure où la société demeure soumise pendant toute son existence à une loi unique que la continuité de son statut peut être assurée et qu'elle peut posséder une unité suffisante pour que son fonctionnement puisse s'effectuer de façon satisfaisante.

La nécessité de la permanence de la loi de la société étant ainsi posée et apparaissant de façon péremptoire sa mise en œuvre ne peut s'effectuer que compte tenu du critérium de compétence législative choisi : le siège social.

Or, le siège social, s'il possède une stabilité certaine n'est pas pour autant immuable. La volonté unanime des associés peut non seulement en modifier la localisation à l'intérieur des frontières d'un même pays, mais aussi le transférer d'un Etat dans un autre.

Dans ces conditions, le problème de la permanence de la loi de la société est susceptible de se poser sous un jour très différent suivant que le siège social est demeuré dans le même pays ou qu'au contraire, il a fait l'objet d'un transfert sur le plan international.

Au cas de stabilité du siège social, le principe de la permanence de la loi de la société ne saurait être sérieusement contesté. Aussi, faudra-t-il s'attacher, moins à l'affirmation de ce principe et de son utilité pratique qui est évidente, qu'à la recherche de la justification et du fondement théoriques de la permanence de la loi de la société. A quel titre prolonge-t-elle ainsi ses effets dans le temps ? est-ce parce qu'elle est une véritable loi d'état et de capacité, la société possédant comme les individus un statut personnel, est-ce en vertu

du principe du respect international des droits acquis, ou au contraire ces deux justifications sont-elles inutiles et le fondement de sa permanence doit-il tout simplement être recherché dans la règle même de conflits de lois ?

Au cas de changement de siège social ayant pour effet de le transférer du pays originaire sur le territoire d'un autre Etat, c'est le principe même de la permanence du statut juridique de la société qui doit être discuté tant sur le terrain de l'opportunité que sur celui des principes juridiques. On assiste alors à un conflit mobile de deux lois de même nature : celle du siège social originaire et celle du siège social nouveau. Il s'agit dès lors de savoir si la permanence du statut juridique de la société est commandée par des nécessités suffisamment impérieuses pour que l'on puisse admettre la post-activité de la loi originaire, bien que, par suite du déplacement de l'élément de rattachement, elle ne corresponde plus à la situation présente.

La diversité des problèmes à résoudre dans l'une et l'autre hypothèses justifie leur répartition sous deux rubriques différentes. Aussi faudra-t-il s'attacher, dans un titre I^er^ à étudier la permanence de la loi de la société au cas de stabilité du siège social, puis dans un titre second à rechercher l'influence du changement de siège social sur la compétence législative.

TITRE I

La permanence de la loi de la société au cas de stabilité du siège social

82. — Les auteurs et la jurisprudence sont aujourd'hui d'accord pour admettre que la loi de la société doit suivre cette dernière pendant toute son existence (1).

Mais l'accord général réalisé sur le principe de la permanence de la loi du siège social disparaît lorsque l'on s'attache à rechercher le fondement juridique de cette permanence.

Sur ce point une controverse oppose les tenants de deux théories : celle qui fonde la permanence de la loi de la société sur son caractère de loi d'état et de capacité conférant à la personne morale un statut personnel analogue à celui des individus et celle qui la justifie en faisant appel au respect international des droits acquis (2). Pendant de longues années, la première opinion eut seule cours et réunit l'unanimité des auteurs et de la jurisprudence. Mais quelques années avant la guerre de 1914, elle fut violemment attaquée par Pillet et, depuis, de nombreux auteurs l'ont battue en brèche, bien que la jurisprudence lui soit dans l'ensemble demeurée fidèle. Cette attaque correspond d'ailleurs à celles lancées contre le concept de « nationalité des sociétés », car l'idée de statut personnel comme celle de nationalité procèdent d'un raisonnement identique : l'assimilation des personnes juridiques aux individus.

Il faudra donc se livrer successivement à l'analyse puis à la critique de ces deux théories afin de dégager ensuite, à la lumière des qualités et des imperfections que leur étude aura révélées, un système qui permette de faire reposer la permanence de la loi de la société sur un fondement rationnel.

82. — (1) Cf. notamment : Paris 26 mars 1891 (Clunet 1893, p. 529); Paris 20 novembre 1905 (Revue de Droit International Privé 1905, p. 34); Trib. Civ. Seine 8 janvier 1912 (Revue de Droit International Privé 1912, p. 402).

82. — (2) Nous laissons de côté l'opinion curieuse qui fondait la compétence internationale de la loi de la société ainsi que sa permanence sur le principe « Locus regit actum », car elle n'a guère été soutenue que dans l'arrêt de la Cour d'Orléans du 29 décembre 1904, précité.

CHAPITRE I

THÉORIE FONDANT LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ SUR SON CARACTÈRE DE LOI D'ÉTAT ET DE CAPACITÉ

83. — De nombreux auteurs se sont efforcés de justifier la permanence de la loi de la société en raisonnant par analogie avec les personnes physiques (1). En effet, d'après la disposition de l'article 3, al. 3, du Code Civil, les lois relatives à l'état et à la capacité des individus régissent tous les Français qu'ils soient ou non domiciliés sur le territoire français. Par une idée de réciprocité très compréhensible, on admet que l'étranger domicilié en France voit son état et sa capacité régis par sa loi nationale à laquelle son statut personnel demeure soumis pendant toute son existence.

L'extraterritorialité et la permanence des lois d'état et de capacité étant ainsi posées, les tenants de cette théorie font appel pour justifier la compétence internationale et la permanence de la loi de la société à l'idée de statut personnel. Ils déclarent : les sociétés, comme les individus sont des sujets de droit. En conséquence, elles on un état et une capacité régis par une loi unique qui, conformément au principe d'extraterritorialité posé par l'article 3, al. 3 du Code Civil, doit les suivre pendant toute leur existence, quel que soit le pays sur le territoire duquel elles peuvent être amenées à effectuer leurs opérations.

Cette conception risquait de se heurter à une objection susceptible d'en diminuer sensiblement la valeur. On pouvait en effet opposer à ses partisans que l'extension de l'article 3, al. 3 du Code Civil aux sociétés était manifestement abusive, car elle avait pour effet d'appliquer ce texte à des hypothèses que les rédacteurs du Code Civil n'avaient manifestement pas prévues (2). Aussi certains auteurs pour éviter une semblable objection ont-ils fait appel à l'idée de courtoisie. Sans doute, ont-ils déclaré, l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité a bien sa source dans l'article

83. —(1) V. en ce sens : HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité*, t. III, nº 2.122 ; HÉMARD, *Nullités de Sociétés et Sociétés de fait*, nº 335 ; WAHL, note sous Turin, 21 décembre 1897 (S. 1900.4.25).

83. — (2) WAHL, note précitée.

3, al. 3 du Code Civil, mais il ne faut voir dans ce texte que sa source formelle. Son fondement rationnel réside en réalité dans la *Comitas gentium*. En effet si un Etat admet que, sur son territoire, les sujets de droit d'allégeance étrangère sont soumis à la loi de leur pays, c'est pour des motifs de courtoisie internationale. Or cette courtoisie doit jouer aussi bien pour les êtres moraux que pour les personnes physiques.

Présentée sous cette forme la théorie du statut personnel apparaissait séduisante et pratique pour donner a là loi de la société le domaine d'application le plus vaste possible à la fois dans le temps et dans l'espace afin de favoriser l'extension du commerce international. C'est sans doute la raison pour laquelle la jurisprudence française s'est laissée séduire par les arguments qui militaient en faveur de cette thèse et lui a donné une adhésion à peu près unanime.

Dans d'autres domaines que celui de la loi applicable, nos tribunaux avaient déjà fait appel à la notion de statut personnel. Ils l'avaient utilisé notamment pour justifier la reconnaissance internationale de la personnalité morale. Mais c'est surtout dans le domaine des conflits de lois qu'ils ont fait un large emprunt à l'idée d'extraterritorialité des lois d'état et de capacité.

La jurisprudence en a fait un usage implicite dans toutes les décisions dans lesquelles elle a appliqué la notion de nationalité aux sociétés commerciales, puisque, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, c'est par le canal du concept de statut personnel que s'est dégagée la nationalité des sociétés.

Mais la jurisprudence ne s'est pas contentée d'une adhésion tacite et, dans plusieurs arrêts nos juridictions ont affirmé de façon explicite que la permanence de la loi de la société se fondait sur l'existence d'un statut personnel propre à la personne morale.

Dans deux arrêts, l'un du 26 mars 1891, l'autre du 20 novembre 1905 rendu dans l'affaire « The Crown Exploration Cy Limited » (3) la Cour de Paris a eu l'occasion d'affirmer nettement sa position sur ce point et de rejeter l'application de la loi française en se fondant sur l'extraterritorialité de la loi de la société. La jurisprudence française est d'ailleurs allée très loin en ce sens. Liant la compétence juridictionnelle à la compétence législative, elle n'a pas hésité à dénier aux tribunaux français le droit de connaître de la

83. — (3) Paris 26 mars 1891 (Clunet 1893, p. 529); Paris 20 novembre 1905 (Revue de Droit International Privé 1905, p. 34). Dans le même sens : Trib. Civ. Seine 8 janvier 1912 (Revue de Droit International Privé 1912, p. 402). La même solution a été adoptée pour les associations : Cass. Civ. 7 février 1912 (D. 1912.1.433 ; Revue de Droit International Privé 1913) rejetant le pourvoi formé contre Paris 18 février 1909 (Revue de Droit International Privé 1909, p. 947, note Donnedieu de Vabres; Clunet 1910, p. 1144).

nullité et de la liquidation d'une société étrangère parce qu'elle a considéré que de semblables litiges relatifs à l'état des étrangers sortaient du domaine de leur compétence. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris dans un arrêt du 12 mai 1881 et le Tribunal Civil de la Seine dans un jugement du 29 juin 1910 (4).

Mais l'application de l'idée de permanence et d'extraterritorialité des lois d'état et de capacité n'est pas le monopole de la jurisprudence française. Les tribunaux étrangers en ont fait également un usage fréquent pour justifier la permanence de la loi de la société et sa compétence internationale.

C'est ainsi que la jurisprudence belge demeure fermement attachée au fondement du statut personnel. Le Tribunal Civil de Bruxelles, dans un jugemnet du 4 mai 1904 l'a affirmé de façon expresse (5). Toutefois, il convient de noter que la Cour d'Appel de Bruxelles dans son arrêt du 23 avril 1891 avait semblé se fonder implicitement sur le respect international des droits acquis pour justifier la permanence de la loi de la société (6). Mais cette décision est demeurée isolée et l'ensemble de la jurisprudence belge reste fidèle à l'idée d'extraterritorialité du statut personnel. La même solution est consacrée par l'ensemble des principaux Etats européens comme l'Angleterre (7), l'Allemagne (8), la Suisse (9), la Roumanie. Les Etats-Unis admettent également avec certaines restrictions la notion de statut personnel appliquée aux personnes morales (10).

Ce fondement remporte donc un grand succès dans les pays étrangers. Seuls les Etats Sud-Américains qui se refusent à reconnaître l'application aux sociétés du concept de nationalité sont de ce fait hostiles à l'idée d'extraterritorialité du statut personnel et se rallient plus volontiers à la théorie du respect international des droits acquis pour justifier la survie de la loi originaire du siège social pendant toute l'existence de la société.

83. — (4) Pour la nullité : Paris 12 mai 1881 (Clunet 1882, p. 317); Trib. civ. Seine 29 juin 1910 (J. Soc. 1911, p. 371); en sens contraire : Orléans 29 décembre 1904 précité. Pour la liquidation : Chambéry 1er décembre 1866 (S. 1867.2.182). Ces décisions peuvent sembler étrangères au sujet, car elles se rattachent plus aux conflits de juridictions qu'aux conflits de lois. Mais la conception de l'état des personnes en matière de conflits de juridictions étant empruntée aux conflits de lois, il est intéressant de les signaler puisque, dans ces hypothèses, loi et For coïncident.

83. — (5) Trib. civ. Bruxelles 4 mai 1904 (Revue de Droit Intern. Privé 1905, p. 377).

83. — (6) Cour d'Appel 3 juillet 1906 (Clunet 1907, p. 810).

83. —(7) Division du Banc du Roi 11 janvier 1905 (Revue de Droit Intern. Privé 1905, p. 366).

83. — (8) PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. VI ; NEUMEYER, *La fondation de Niederfüllbach en droit internation privé*, 1913, p. 17-18.

83. — (9) Trib. fédéral 16 septembre 1910 (Clunet 1910, p. 598).

83. — (10) Cour Suprême des Etats-Unis 3 décembre 1906 (Clunet 1907, p. 835).

84. — Avec l'avènement du XX^e siècle, la théorie de l'extra-territorialité des lois d'état et de capacité régissant le statut personnel de la société ne devait d'ailleurs pas rester longtemps incontestée. En effet, si la jurisprudence lui demeura fidèle, des critiques très vives d'origine doctrinale ne tardèrent pas à lui être adressées. C'est à Pillet que revient le mérite d'avoir su le premier en déceler les faiblesses et d'en avoir sapé l'autorité par des critiques pertinentes (1).

Sur plusieurs points en effet, l'argumentation des tenants de la théorie du statut personnel de la société est loin d'être inattaquable.

Dans l'exposé de cette théorie, nous avions fait remarquer qu'elle constituait une extension abusive de l'art. 3, al. 3 C. C. à une hypothèse pour laquelle ce dernier n'avait pas été fait et nous avions noté comment certains partisans de cette thèse, pressentant ce vice, s'étaient efforcés de l'écarter en donnant comme fondement rationnel de cette extension l'idée de courtoisie internationale. Or, il faut bien reconnaître que le règne de la courtoisie n'a guère dépassé les limites, aujourd'hui lointaines dans le temps de l'influence de l'Ecole Hollandaise et que cette idée apparaît à l'heure actuelle singulièrement désuète. Si les statuts d'état et de capacité sont extraterritoriaux, c'est en vertu d'un principe juridique et non d'une vague idée de courtoisie internationale qui n'est plus de nos jours qu'un vain mot (2).

Le rejet de la conception de la courtoisie internationale n'entraîne d'ailleurs pas de plano le caractère abusif de l'extension de l'article 3, al. 3 C. C. aux personnes morales. Il est parfaitement légitime, lorsque l'évolution des idées, des faits et des mœurs a amené la création d'institutions nouvelles, d'étendre les textes à des hypothèses que leurs auteurs n'avaient pu prévoir. C'est le seul moyen de tempérer la rigidité du droit écrit et d'éviter que nos lois ne deviennent rapidement archaïques. Le droit français nous en offre d'ailleurs de multiples exemples, ne serait-ce que la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées. Mais cette extension n'est légitime que si elle s'appuie sur des arguments juridiques valables, ce qui ne semble pas le cas dans l'hypothèse envisagée.

En effet, le principal argument que l'on invoque généralement en faveur de la permanence de la loi régissant le statut personnel

84. — (1) PILLET, *op. cit.*, p. 108 et suiv., n° 73. NIBOYET, note sous Rennes 26 juillet 1926 (Revue de Droit Intern. Privé 1927, p. 526).

84. — (2) L'idée de courtoisie est aujourd'hui désuète dans le sens où l'entendait l'Ecole Hollandaise. En effet en droit anglo-saxon le « Comity » a conservé toute sa valeur. Mais si cette expression semble constituer la traduction littérale du mot courtoisie, son sens est en réalité fort différent.

de l'individu est tiré de l'appropriation de la loi aux personnes pour lesquelles elle est faite. Les lois françaises sur l'état et la capacité des individus conviennent aux Français parce qu'elles ont été conçues en fonction de la psychologie et du tempérament français qu'un législateur étranger risquerait de méconnaître.

Cet argument que certains auteurs ont cherché à faire valoir est tout d'abord critiquable en lui-même. En effet il justifie beaucoup plus le choix de la loi nationale comme loi régissant le statut personnel des individus que la permanence qui lui est conférée. Cette dernière se justifie surtout par des raisons de commodité, de simplicité, d'unité du statut.

Or ces raisons ne sont pas nécessairement liées à l'idée d'extraterritorialité des lois d'état et de capacité. Le concept de « statut personnel » n'est qu'une explication proposée. Il ne constitue pas le seul fondement possible.

D'autre part même si on admet que cet argument peut posséder une certaine valeur pour les personnes physiques, on est obligé de reconnaître qu'il en est totalement dépourvu lorsqu'on cherche à l'appliquer aux société commerciales.

En effet on ne peut parler de tempérament, de psychologie d'une société ou, tout au moins, on ne pourrait en parler que si l'on prenait en considération des éléments subjectifs comme critère de détermination de la loi applicable, si l'on recherchait les personnes qu'elle recouvre. Or, nous avons vu dans notre I^re^ Partie qu'un semblable critère était inutilisable en matière de conflits de lois et que seul le domicile constituait un élément d'appréciation rationnel. Dans ces conditions on ne peut parler d'appropriation de la loi aux sociétés et justifier ainsi l'application de l'extraterritorialité.

Le second argument que l'on invoque en faveur de l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité n'est guère plus convaincant lorsque l'on veut l'appliquer aux personnes morales. Il s'agit de l'argument tiré de l'idée de protection. En effet les lois d'état et de capacité ont pour objet principal d'assurer la protection des individus. Pour que cette protection soit efficace, il est nécessaire que ces lois puissent suivre l'individu dans toutes ses pérégrinations.

Dans la mesure où les lois d'état et de capacité ont pour but de protéger la personne contre une altération de sa volonté, leur application extraterritoriale est liée à cette idée de volonté et ne se conçoit plus lorsque le sujet de droit auquel on veut appliquer la loi n'est pas doté d'une volonté propre. Pillet fait remarquer qu'il y a entre l'existence d'une volonté et la capacité « un lien si étroit que, là où toute volonté fait naturellement défaut, il n'y a aucune place pour la capacité ». Or, constate Pillet, les personnes morales

n'ont pas de volonté propre. Sans doute on peut leur attribuer celle des organes qui ont pour mission de les représenter, mais dans ce cas il ne s'agit plus d'une capacité personnelle fonction de la volonté de l'organe considéré en tant qu'individu, mais d'une capacité fonctionnelle de l'organe pris en tant que représentant de la personne morale (3).

D'autre part, indépendamment des critiques que l'on peut adresser à l'extraterritorialité du statut personnel, on lui a fait les mêmes reproches que ceux adressés à la nationalité des sociétés vers l'admission de laquelle elle constitue un premier pas.

Pour ces différentes raisons, une partie importante de la doctrine s'est tournée vers le fondement du respect international des droits acquis, qui présente en outre l'avantage de donner à la loi de la société un domaine plus étendu en limitant les effets de l'ordre public dont la sphère d'application est moins vaste sur le terrain de l'efficacité des droits que sur celui de leur création.

---

84. — (3) Pillet fait remarquer, à l'appui de cette critique, que l'idée de protection qui est à la base des lois d'état et de capacité est si évidente que les lois d'état et de capacité qui ne correspondent plus à cette idée ne sont pas extraterritoriales. Et il cite l'exemple des incapacités qui interviennent à la suite des condamnations criminelles. Il nous semble que la territorialité de ces incapacités s'explique surtout par le fait, qu'ayant leur source dans une condamnation pénale, elles subissent l'influence du caractère territorial des lois pénales qui sont des lois de police et de sûreté et qui, comme telles voient leur domaine d'application limité aux frontièrss de l'Etat qui les a promulguées.

CHAPITRE II

THÉORIE FONDANT LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ SUR LE PRINCIPE DU RESPECT INTERNATIONAL DES DROITS ACQUIS

85. — Cette théorie a trouvé son premier défenseur en la personne de Pillet.

Pour Pillet, la loi de la société est nécessairement la loi du lieu de constitution. Elle doit régir toute l'activité de la société, car la société étant fondée dans un pays, il est juste que son activité soit limitée par les lois impératives de cet État.

Toutefois Pillet ne croit pas pour autant que la loi de constitution conserve une compétence internationale pendant toute l'existence de la société et qu'elle la suive comme un véritable statut personnel. Il estime au contraire que le problème de conflit de lois se pose seulement lors de la constitution de la société, lorsqu'il s'agit de choisir entre les différents pays présentant une attache avec la société, celui dont la loi sera appelée à la régir. Mais, par contre, lorsqu'il s'agit non plus de constituer la société, mais de déterminer les pouvoirs sociaux et le rôle des personnes qui la représentent, il ne peut plus être question d'effet territorial ou extraterritorial de la loi de la société parce que cette loi a épuisé son effet qui ne pouvait se faire sentir que sur le terrain du conflit de lois.

Si, pour plus de clarté, nous prenons comme exemple la responsabilité des administrateurs, nous pouvons dire, en appliquant le raisonnement de Pillet que, lors de la constitution de la société, la loi choisie a déterminé les règles de cette responsabilité. Par là même, elle a créé un droit au profit de la société qui est le droit d'invoquer ses dispositions. Mais son rôle s'arrête là. Une fois l'époque de la constitution révolue on passe du domaine de la création du droit dans celui de son efficacité. Il s'agit dès lors de savoir si les droits et les obligations des administrateurs relativement à l'étendue et la mise en œuvre de leur responsabilité peuvent s'appliquer en dehors du pays où ils ont été créés, si par conséquent leurs titulaires ont un droit acquis à s'en prévaloir en dehors du domaine d'application territorial de la loi qui leur a donné naissance.

Ainsi appliquée aux sociétés, la théorie de Pillet n'est qu'un aspect du vaste problème qui lui est cher : celui qu'il baptise dans sa terminologie traditionnelle de « Respect International des droits acquis » et que M. Niboyet qualifie, selon une expression moins colorée, mais peut-être plus exacte d'Efficacité Internationale des droits définitivement constitués (1).

Ce système repose essentiellement sur la distinction de deux moment, de deux étapes dans l'évolution du rapport de droit. Parfois, il s'agit de créer un droit, de le faire surgir du néant. Le problème de la création du droit apparaît en matière de sociétés lorsque l'on envisage l'hypothèse de l'individu qui désire constituer une société dans notre pays en la soumettant aux dispositions d'une loi étrangère. Parfois, au contraire, il s'agit de savoir si un droit valablement constitué en pays étranger va produire sur notre territoire les effets qui étaient les siens sous l'empire de la loi étrangère ou bien, si le transfert du droit d'un pays dans un autre est susceptible d'en faire varier l'étendue et les modalités ou même, s'il s'agit d'un droit que la législation du pays nouveau ne connaît pas, de l'anéantir purement et simplement. C'est le cas, si l'on admet cette théorie, de la société étrangère qui vient faire des opérations en France. Lorsqu'à propos de ses actes, elle sera actionnée devant nos tribunaux pourra-t-elle se prévaloir des différentes règles statutaires créées sous l'empire de la loi étrangère de son siège social ?

La distinction dans le temps des deux moment de la vie du rapport de droit apparaît donc relativement aisée en matière de société comme sur le plan général. Mais est-elle autre chose qu'une abstraction et est-il justifié d'en faire la *summa divisio* de la science des conflits ? En d'autres termes faut-il en matière d'efficacité des droits modifier la technique de solution du conflit parce que la distinction de la création et de l'efficacité, loin d'être purement spéculative, répond à des intérêts pratiques et à des considérations juridiques tels qu'ils font naître à la charge de l'Etat dans la seconde hypothèse des obligations qui ne lui incombent pas dans la première ?

C'est à cette question qu'il faudra répondre après avoir recherché auparavant la portée exacte du principe du Respect International des droits acquis, car c'est seulement lorsque l'on aura dégagé les conséquences qu'engendre son application aux sociétés commerciales qu'on pourra prendre parti sur l'opportunité de le faire jouer en ce domaine.

85. — (1) PILLET : *Des Personnes Morales en Droit International Privé*, p. 112. NIBOYET : *Traité de Droit International Privé Français*, t. III, n° 936, p. 285.

On s'apercevra alors que le fondement du respect international des droits acquis est inutile car, il n'apporte rien de nouveau, les conséquences qu'il engendre pouvant être déduites des règles de conflits de lois elles-mêmes.

Section I

PORTÉE DU PRINCIPE DU RESPECT INTERNATIONAL DES DROITS ACQUIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

86. — Pour déterminer qu'elle peut être la portée exacte du respect international des droits acquis en matière de sociétés, il convient d'envisager les situations posées par l'activité des sociétsé sur le plan international et de voir si elles remplissent les conditions d'application du respect international des droits acquis. En effet si à l'heure actuelle la majorité des auteurs se prononce en faveur de ce principe et s'ils admettent en conséquence que le droit créé à l'étranger doit produire en France les mêmes effets que dans son pays d'origine, son titulaire pouvant se prévaloir de toutes les prérogatives qui y sont attachées, il ne faut pas s'exagérer la portée du principe, car même ses plus farouches partisans en soumettent l'application à des conditions restrictives qui en diminuent le domaine d'application en matière de sociétés (1).

Il convient tout d'abord de remarquer que la situation à laquelle on prétend appliquer le principe du respect international des droits acquis en matière de sociétés est différente de celle dans lesquelles il joue dans d'autres domaines.

Il faut en effet pour que l'on puisse se poser la question de l'efficacité internationale d'un droit qu'il y ait conflit entre la loi du pays sur le territoire duquel le droit a été créé et celle de l'Etat dans lequel on veut se prévaloir de son efficacité. Pour que cette dualité existe il est nécessaire qu'il y ait transfert du droit d'un pays dans un autre, ce transfert étant lié au déplacement de la personne à laquelle le droit est attaché ou du meuble qui en est l'objet (2). Or, en matière de sociétés, le problème du droit acquis

86. — (1) Pillet : *Principes de droit international privé*, nos 275 à 318, 496 à 571 ; *La théorie générale des droits acquis*, cours professé à l'Académie de La Haye (Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1925, t. III, p. 489 ; Niboyet : *Traité*, t. III, no 936 et s., p. 284 et s.; Plaisant, *op. cit.*, p. 28 et 29).

86. — (2) La nécessité d'un transfert explique qu'il ne puisse être question de respect international des droits acquis en matière immobilière à raison du caractère statique des immeubles. Mais, en dehors de cette hypothèse et

est lié dans la théorie de Pillet, non pas au déplacement de la personne morale, mais à l'extension de son champ d'activité. En effet, il n'y aurait véritablement transfert du droit qu'au cas de changement de siège social, car c'est alors seulement que l'on pourrait parler de déplacement du centre d'activité de la société. Au contraire, dans l'hypothèse envisagée, le siège social demeure immuable. La société se borne à effectuer des opérations en pays étranger. Il convient de noter cette différence due au don d'ubiquité de la société, car elle exerce, à notre avis, comme nous aurons l'occasion de le démontrer une incidence non négligeable sur la solution à donner au problème.

La première condition qui vient d'être examinée : nécessité d'un transfert d'un pays dans un autre, créait l'élément international entre la naissance et l'efficacité du droit.

Mais même lorsque cet élément international n'est pas contesté, le principe de l'efficacité internationale ne peut jouer que lorsque le droit invoqué est un droit acquis. Aussi convient-il de rechercher si en matière de sociétés il y a toujours droit acquis.

Pour qu'il y ait droit acquis et que ce droit soit valable à l'étranger, plusieurs conditions doivent être remplies. Il faut tout d'abord que le droit existe effectivement et définitivement d'après la loi qui a présidé à sa création. Il faut d'autre part, que cette loi soit compétente en vertu du système de solution de conflits de lois du pays sur le territoire duquel on veut se prévaloir de l'efficacité du droit.

La première condition apparaît des plus normales (3). Il est logique en effet que la loi étrangère seule compétente pour connaître

aussi de la propriété intellectuelle, les tenants de cette théorie étendent largement le principe du respect international des droits acquis à l'ensemble des rapports de droit. C'est ainsi qu'il est appliqué par la majorité de la doctrine en matière de meubles corporels qu'il s'agisse de meubles ordinaires soumis à la lex rei sitæ ou de meubles enregistrés soumis à la loi du lieu d'enregistrement. De même ce principe joue pour les différentes questions relatives au statut personnel (mariage, effets du mariage, divorce, séparation de corps). Le droit des obligations lui est également assujetti ,l'obligation qui a pris naissance sur le territoire d'un Etat étant valable sur celui des autres. Le droit des obligations est d'ailleurs la branche dans laquelle ce principe peut se développer avec le plus de facilité, car, l'ordre public étant moins strict en ce domaine, le respect des droits acquis rencontre moins d'obstacles. Le principe de l'efficacité internationale des droits intervient aussi en matière d'exécution des jugements étrangers. Lorsque l'on sollicite l'exequatur d'un jugement étranger, on se place sur le terrain de l'efficacité internationale des droits. Cette application du principe permet de restreindre les pouvoirs du juge saisi de l'exequatur. Il n'a pas en effet à rendre un nouveau jugement, mais à rendre applicable le jugement étranger tel qu'il a été rendu.

86. — (3) NIBOYET : *Traité*, t. III, n° 942, p. 312.

Contra : PILLET, *la théorie générale des droits acquis* (Recueil des cours de l'Académie de La Haye, précité). Pour Pillet le droit serait régulièrement

de la création du droit, le soit également pour apprécier s'il y a ou non droit acquis. Mais la question se complique du fait que le vocable unique et relativement imprécis de loi étrangère recouvre en réalité deux notions bien distinctes : le système étranger de solution de conflits de lois et le droit interne étranger.

Il faut tout d'abord que le droit créé l'ait été sous l'empire d'une loi étrangère compétente en vertu de son propre système de solution de conflits de lois, ceci en vertu du principe général de droit international privé qui est à la base de la théorie du renvoi, que l'on ne peut attribuer compétence à une loi dans des hypothèses où elle-même ne se reconnaît pas compétente, chaque Etat demeurant maître de fixer le domaine d'application de ses propres lois.

Cette exigence ne saurait constituer un obstacle à la permanence de la loi de la société envisagée sous l'angle des droits acquis, car la communauté existant entre ces diverses règles de conflits relativement à la détermination de la loi de la société permet de remplir cette condition.

Cependant le déséquilibre entre les systèmes de solution de conflits de lois français et étranger, pour peu fréquent qu'il soit n'est pas impossible. Il peut se faire par exemple que le système français attribue compétence pour régir le statut de la société à la loi du domicile réel ; le système étranger au contraire demeure fidèle au critère archaïque du centre d'exploitation. Or, la société avait dans le pays étranger son siège social réel, mais non son centre d'exploitation, et néanmoins elle s'est constituée en soumettant son statut juridique aux dispositions du droit étranger des sociétés. Si elle veut se prévaloir en France des droits créés sous l'empire de cette loi, l'application des principes de l'efficacité internationale des droits doit conduire à le lui refuser, car il n'y a pas droit acquis à l'étranger, puisqu'il a été créé par une loi étrangère qui ne se reconnaissait pas compétente et n'a pu être de ce fait valablement constitué (4).

acquis, lorsque le système de solution de conflits de lois du pays dans lequel on veut se prévaloir de son efficacité aura été appliqué, même si l'on méconnaît le système de solution de conflits de lois du pays où a lieu la création du droit. Cette opinion nous semble erronée, car on ne peut pas faire une loi, créer un droit à son corps défendant.

86. — (4) Cette condition restrictive apportée au jeu du principe des droits acquis n'aura d'ailleurs l'occasion de jouer que si le pays, dont le système de solution de conflits de lois a été ainsi méconnu, n'a pas déjà prononcé la nullité de la société. Néanmoins, son application pourrait être relativement fréquente du fait que chaque législateur sanctionne avec beaucoup plus de rigueur le fait par une société de chercher à échapper frauduleusement à sa législation que celui de venir se placer sous l'empire de celle-ci de manière frauduleuse. D'ailleurs il faut remarquer que les fondateurs de sociétés sont en général trop avisés pour heurter de front le système de solution de conflits

D'autre part, si le droit a été créé d'après une loi qui se reconnaissait compétente, sa validité est encore subordonnée au fait qu'il satisfasse aux différentes exigences posées par le droit interne étranger. Il faut donc que le droit ait été régulièrement créé d'après la loi étrangère. Toutefois, l'interprétation de la notion de droit régulièrement constitué, si elle paraît en soi relativement simple, donne lieu à de sérieuses difficultés. En effet, faut-il considérer que tout droit frappé d'un vice est privé de toute efficacité internationale, alors même qu'en droit interne le droit vicié n'est pas toujours totalement dépourvu d'effets, ou faut-il admettre au contraire que les effets restreints qu'on lui accorde en dépit du vice qui le frappe pourront se projeter sur le plan international ?

87. — Ce sont ces difficultés d'interprétation jointes à celles relatives à l'observation de la troisième condition du respect des droits acquis qui rendent délicat le jeu de ce principe en matière de sociétés de fait que la plupart des Etats ont admises dans leur droit positif interne.

De nombreux pays ont été amenés en effet à prendre en considération la notion de société de fait et à lui donner un vêtement juridique pour atténuer les conséquences néfastes de la rétroactivité de la nullité. Lorsqu'une des conditions requises pour la constitution légale d'une société fait défaut, il arrive fréquemment que la nullité ne soit prononcée qu'au bout de plusieurs mois, voire même de plusieurs années, soit parce que le vice qui frappe la société n'est pas apparu immédiatement aux yeux des intéressés soit parce que la loi accordait aux fondateurs un certain délai pour le réparer. Dans ce cas, lorsque l'on veut appliquer le principe de la rétroactivité de la nullité, on se trouve en présence d'une situation de fait que l'on est obligé de prendre en considération et sur laquelle vient se briser la fiction de la rétroactivité.

C'est donc un heurt entre le fait et le droit qui a rendu nécessaire un certain aménagement de la théorie des nullités de sociétés, aménagement qui a consisté à limiter à la période future les effets de la nullité et à consacrer juridiquement la situation de fait antérieure en faisant entrer dans le droit la notion de société de fait.

de lois du pays auquel is soumettent leur société. Le plus souvent ils utilisent un artifice (création d'un siège administratif ou d'un centre d'exploitation secondaire). Dans ce cas, il est douteux, que lorsque le juge étranger ne l'a pas fait, il appartienne au tribunal français de déjouer un semblable stratagème, si la loi française n'est pas intéressée. En pratique, d'ailleurs, la question se posera rarement sous cet angle du fait de la concordance générale entre les différents systèmes de solution de conflits de lois en matière de sociétés : presque tous en effet se rallient à la loi du siège social.

Influencée profondément à l'origine par la théorie des nullités dans laquelle elle a sa source, la théorie des sociétés de fait ne s'en est dégagée que lentement (1). Pendant longtemps, sur la base de la distinction du contrat et de la personnalité morale que révèle l'analyse de la société, on a considéré qu'elle devait franchir deux étapes avant d'être régulière : celle du contrat et celle de la personnalité morale. On prétendait en conséquence que la société irrégulière conservait dans le passé sa valeur en tant que contrat, ce qui avait pour effet de valider les relations entre associés, mais que, par contre elle n'avais jamais pû, du fait du vice dont sa constitution était entachée, acquérir valablement la personalité morale. Cette dernière proposition avait pour conséquence d'anéantir rétroactivement les opérations entre la société irrégulière et les tiers. Tant que l'on n'accorda pas à la société de fait la personnalité morale, la question de son efficacité internationale ne se posa pas, car c'est sa qualité de personne morale qui favorise son extension internationale et cette extension met surtout en jeu les relations de la société et des tiers.

Ce système présentait un inconvénient majeur, celui d'être insuffisamment protecteur des intérêts des tiers, alors que c'est précisément cet intérêt qui, comme dans la théorie de l'apparence, méritait d'être pris en considération. C'est pourquoi, on a vu se manifester une théorie moderne qui érige la société de fait en une institution autonome dégagée de l'emprise qui en faussait le fonctionnement : celle des nullités. La société, en dépit du vice dont elle est atteinte, produit les mêmes effets qu'une société régulière aussi longtemps que son irrégularité n'est pas constatée. Elle vaut donc d'abord comme contrat. Mais la portée du contrat n'est pas limitée au fonctionnement interne de l'entreprise. Il entraîne des conséquences à l'égard des tiers, car il confère à la société l'autonomie patrimoniale et est générateur de la personnalité morale (2).

Une semblable extension de la notion de société de fait posait sur le plan international un problème nouveau. On devait se demander si elle constituait un droit régulièrement acquis et bénéficiant comme tel de l'efficacité internationale. La régularité du droit disparaissait-elle du fait de l'irrégularité de la société ?

M. Niboyet (3) s'est prononcé en faveur de l'efficacité internationale des sociétés de fait. En effet, puisque la loi du siège social, compétente à la fois en vertu du système français et du système étranger de solution de conflits de lois a conféré à la société irrégulière une personnalité morale de fait qui n'en est pas moins

87. — (1) HÉMARD, *op. cit.*, n° 352, p. 459.
87. — (2) HÉMARD, *op. cit.* n° 353, p. 462.
87. — (3) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 492, p. 318

une personnalité judirique, on se trouve en présence d'un droit définitivement constitué dont l'efficacité internationale doit être assurée.

Cette solution nous semble parfaitement logique, étant donnée la position prise par l'éminent auteur relativement au principe de l'efficacité internationale des droits. En effet, si l'on reconnaît l'opportunité du respect des droits acquis, il n'y a aucune raison d'en admettre l'application à la société régulière et d'en refuser le bénéfice à la société de fait, puisque, en consacrant la situation de fait qu'elle constitue, la loi du siège social l'a recouverte d'un vêtement juridique, de telle sorte qu'elle est régulière en tant que société de fait. En conséquence et par réciprocité on devrait en conclure que la société de fait française possède l'efficacité sur le plan international.

88. — La question s'est posée en pratique à propos des sociétés russes dans l'affaire de la Banque Russo-Asiatique au sujet de laquelle la Cour de Bruxelles a été amenée à statuer dans un arrêt du 2 juillet 1936 (4).

La Banque Russo-Asiatique était une société anonyme russe de droit Impérial, ayant son siège social primitif à Pétrograd, et soumise en conséquence à la loi Russe. Au cours de la révolution russe de 1917 un décret du Comité Exécutif Central, en date des 14 et 27 décembre 1917, sur la nationalisation de banques, a institué le monopole d'état de l'industrie de banque et ordonné la fusion de toutes les banques privées en une banque d'Etat et la transmission des patrimoines sociaux à la banque de l'Etat, transmission qui avait en réalité le caractère d'une confiscation absolue. La banque Russo-Asiatique frappée par ces mesures, possédait un certain nombre de succursales et d'agences dans les principaux pays étrangers, dont une en France, à Paris.

Le droit français a considéré la banque Russo-Asiatique comme une société de fait ayant à Paris, au siège de sa succursale un siège social de fait aux fins de liquider les éléments de son patrimoine se rattachant à la succursale française, liquidation qui était nécessaire parce que, si nos tribunaux admirent la légitimité de la dissolution par le Gouvernement des Soviets des banques privées russes (2), ils se refusèrent par contre à reconnaître la validité de la confiscation

88. — (1) Cour de Bruxelles 11 juillet 1936 (Revue de Droit International Privé 1936, p. 121).

88. — (2) Cour de Bordeaux 2 janvier 1928 et Cour de Paris 13 juin 1928 (Clunet 1929, p. 115 et 119. Note Picard et Tager ; Revue critique de Droit International 1929, p. 94); Cass. Req. 29 juillet 1929 (Clunet 1930, p. 680 ; Revue critique de Droit International 1931, p. 342); Cass. 4 juillet 1933 (D.P. 1934, 10 note Savatier ; Revue critique de Droit International 1933, p. 652); PERRET, *op. cit*, n° 9, p. 20-21.

de leurs patrimoines sociaux. Une semblable confiscation constituait en effet une atteinte injustifiable au respect de la propriété privée qui est un des éléments de l'ordre public international (3).

Au cours de la liquidation, le liquidateur judiciaire nommé par les tribunaux français chercha à obtenir le recouvrement d'une créance que possédait la Banque Russo-Asiatique contre la National City Bank de New-York, créance représentée par le solde créditeur d'un compte courant clos en 1923. Pour obtenir ce recouvrement, il intenta une saisie-arrêt cantonnée entre les mains de la Banque Nationale de Belgique à Bruxelles. Débouté en première instance, le liquidateur demandait en appel :

1°) La validation de la saisie.

2°) La condamnation de l'intimée au paiement de la créance litigieuse.

A cette double prétention, la National City Bank opposait une argumentation également double fondée sur le défaut de qualité des appelants à agir en Belgique. Elle alléguait en effet :

1°) Que la Banque Russo-Asiatique, ayant perdu sa personnalité morale n'avait pas le droit d'ester en justice en Belgique par l'intermédiaire de son mandataire *ad hoc*.

2°) Que le liquidateur nommé par les tribunaux français n'avait que des pouvoirs limités à la liquidation de la succursale française, et restreints par conséquent au point de vue territorial.

Nous n'examinerons ici que la première branche de cette argumentation, nous réservant de traiter la seconde au chapitre consacré à la Liquidation des sociétés. En effet en dépit de la connexité qui existe entre les deux moyens de défense présentés par la National City Bank, chacun présente juridiquement une cohérence suffisante pour pouvoir être traité indépendamment de l'autre (4).

Envisagée sous l'angle de l'efficacité internationale des droits acquis, la question qu'avait à résoudre la Cour de Bruxelles était de déterminer si la personnalité de fait conférée par la loi française à la société anonyme « Banque Russo-Asiatique » constituait un droit acquis dont elle pouvait se prévaloir en Belgique.

La Cour de Bruxelles, en refusant à la Banque Russo-Asiatique la personnalité morale et le droit d'ester en justice en Belgique qui

88. — (3) Cass. Req. 5 mars 1928, Affaire Etat Russe c/ Ropit (Clunet 1928, p. 674 ; Revue critique de Droit International 1929, p. 288, note Niboyet). SAVATIER. *Rapport au Comité français de Droit International Privé. La Liquidation des Sociétés Russes en France* (Travaux du Comité français de Droit International Privé, 1re année 1934).

88. — (4) En ce qui concerne les pouvoirs du liquidateur, la Cour de Bruxelles n'a d'ailleurs pas consacré de solution originale. Il suffit donc de renvoyer aux développements relatifs à la liquidation.

en découle a répondu par la négative. M. Niboyet critique cette solution et estime que la société anonyme « Banque Russo-Asiatique », qui avait acquis en France un siège social de fait, pouvait être considérée hors de France comme une société de fait et bénéficier en conséquence de la personnalité morale que la loi française accorde à ces dernières (5).

89. — Néanmoins, il ne nous semble pas que la solution donnée par la Cour de Bruxelles soit mauvaise, bien que nous avons admis la logique du raisonnement de M. Niboyet et reconnu avec lui la légitimité d'appliquer l'efficacité internationale des droits acquis aux sociétés de fait lorsque l'investiture leur a été donnée par la loi compétente en vertu du système de solution de conflits de lois du pays dans lequel le droit a été créé et de celui sur le territoire duquel on veut se prévaloir de son efficacité.

Dans ces conditions, il faut rechercher pour fonder notre opinion si l'hypothèse qui se présentait dans l'espèce de la Banque Russo-Asiatique ne possédait pas un caractère extraordinaire qui permette de douter que toutes les conditions d'application du respect international des droits acquis soient réunies, ou si l'existence d'un Traité diplomatique n'est pas susceptible de modifier le problème.

La société anonyme « Banque Russo-Asiatique » était incontestablement jusqu'en 1917 une société ayant son siège social effectif et sérieux à Pétrograd et était en conséquence une société de statut juridique russe. Par conséquent la loi russe seule était compétente pour lui conférer un droit acquis et ceci aussi bien du point de vue du système de solution de conflits de lois Russe que Français ou Belge.

Mais survient en 1917 la Révolution Russe et le décret des 14 et 17 décembre 1917 qui ordonne implicitement la dissolution de cette société et explicitement la confiscation de ses biens. Les nombreux pays étrangers intéressés par ces mesures, du fait de l'existence sur leur territoire de succursales ou d'agence des sociétés russes, refusent d'admettre la confiscation de leurs patrimoines sociaux comme contraire à l'ordre public international, mais admettent par contre la dissolution de ces sociétés entraînant par voie de conséquence celle de leurs agences et succursales (2).

Cette dissolution devant nécessairement être suivie d'une liquidation, le problème de la détermination de la loi de la société se posait aux tribunaux. Toutes les difficultés auxquelles se sont

88. — (5) NIBOYET, *Traité*, t. III, p. 318 note 1.

89. — (1) SAVATIER, Revue critique de Droit Intern. 1935, p. 663, note sous Cass. 4 juillet 1933 précité. NIBOYET, Revue Darras 1929, p. 120. Revue critique de droit intern. 1935, p. 498.

heurtées nos juridictions dans la détermination de la compétence législative ont été montrées dans la première partie. Nous y avons noté que les tribunaux français les ont résolues en faisant appel à la loi française, la société étant présumée posséder au lieu de la succursale un siège social de fait. En l'espèce c'était la solution qu'avait suivie la jurisprudence française qui avait érigé la succursale en société de fait conforme à la loi française.

En présence d'une telle situation, quels étaient les arguments dont la Cour de Bruxelles pouvait se prévaloir sur le terrain du respect des droits acquis pour refuser à la société de fait le droit d'ester en justice en Belgique ?

Elle pouvait tout d'abord faire remarquer que la société Russe ne pouvait posséder en France pas plus d'ailleurs qu'en Belgique un droit acquis suivant la loi Russe. En effet, l'efficacité internationale des droits ne peut jouer lorsque la loi qui a présidé à la création du droit en a prononcé l'extinction puisque le droit ne peut en aucun cas produire à l'étranger des effets plus étendus que dans son pays d'origine (2).

Dans ces conditions seule la loi française avait pu lui conférer la qualité de société de fait et la personnalité morale qu'elle y attache. Mais la loi française suivant laquelle le droit avait été créé était-elle compétente d'après le système Belge de solution de conflits de lois ? A ce propos se posait la question de savoir s'il est nécessaire pour qu'il y ait droit acquis que le droit ait été créé par la loi compétente d'après le système de solution de conflits de lois du pays dans lequel on cherche à se prévaloir de son efficacité, même si la loi de ce dernier pays n'est pas intéressée.

En doctrine la question est très controversée. Pour la majorité des auteurs, le droit ne peut jamais être constitué valablement dans les rapports internationaux que si l'on s'est référé pour sa création à la loi normalement compétente en vertu du système de solution de conflits de lois du pays sur le territoire duquel on veut s'en prévaloir (3).

M. Niboyet n'est pas partisan de ce système. Pour lui, il faut distinguer suivant les espèces entre deux hypothèses. Lorsque le système de solution de conflits de lois du pays dans lequel on veut invoquer l'efficacité du droit a été méconnu alors qu'il conduisait à l'application de sa propre loi, le droit n'a pu être valablement acquis. Mais si, par contre le système de solution de conflits de lois

89. — (2) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 949, p. 341.

89. — (3) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, IV[e] édition, n° 277, p. 329 ; PILLET, *Principes*, n° 299, p. 534-536 ; BARTIN, *Etude sur les effets internationaux des jugements*, p. 3 et s.

méconnu concluait à l'application d'une loi étrangère autre que celle qui a présidé à la création du droit, ce dernier doit posséder néanmoins l'efficacité internationale, car la règle de conflit d'un pays ne doit intervenir qu'en faveur de la compétence de sa loi nationale. En conséquence, bien que le système Belge de solution de conflits de lois considère en l'espèce la loi russe comme seule compétente pour la création du droit, la société de fait investie de la personnalité morale par la loi française ne doit pas moins être considérée comme pouvant ester en justice en Belgique, car la loi Belge n'était pas directement intéressée. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle M. Niboyet s'étonne de la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de Bruxelles.

90. — Entre ces deux systèmes opposés, quelle est la solution qui rallie nos suffrages ?

A notre avis le système classique est préférable, car il cadre mieux avec le caractère autonome de chaque système de solutions de conflits de lois.

Sans doute, il se peut qu'il soit souhaitable de *lege ferenda*, comme le fait remarquer M. Niboyet, que le système français de solution de conflits de lois se borne à déterminer la compétence française et se désintéresse de la compétence étrangère (1). Mais il faut bien reconnaître, et M. Niboyet est le premier à le faire, que telle n'est pas la solution du droit positif. Notre système de solution de conflits de lois, comme d'ailleurs les systèmes étrangers, est double : il désigne à la fois les cas de compétence française et ceux de compétence étrangère.

Dans ces conditions, il est arbitraire d'admettre l'efficacité internationale d'un droit dans un pays à l'encontre de son système de solution de conflits de lois, même lorsque sa propre loi n'est pas intéressée. En effet, on méconnaît par là la souveraineté de l'Etat qui est à la base de chaque règle de conflit. Mais, pourra-t-on objecter, lorsque la loi française n'est pas intéressée, la violation est moins grave. A notre avis, ce raisonnement est inexact. Sans doute, lorsque la loi française est intéressée, la violation est double en ce sens qu'on porte atteinte à la fois à la règle française de solution de conflits de lois et à la loi française ; mais à l'égard de la règle de conflits qui nous intéresse seule ici, nous estimons que la violation est la même puisqu'on méconnaît le caractère souverain de sa décision dans l'un et l'autre cas.

Par conséquent, la Cour de Bruxelles pouvait se prévaloir du fait que le droit acquis ne l'avait pas été conformément au système

90. — (1) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 391 bis, p. 243 et s.

belge de solution de conflit de lois pour lui refuser toute efficacité en Belgique.

91. — On aurait pu concevoir que la Cour de Bruxelles usât pour refuser l'efficacité internationale à la société de fait d'une argumentation différente. Elle aurait pu prétendre, en effet, qu'en appliquant les principes du droit français à la liquidation de la Banque Russo-Asiatique et en la considérant comme une société de fait dotée de la personnalité morale, les tribunaux français avaient fait une fausse application du système français de solution de conflits de lois, car, comme elle l'a déclaré : « La société n'a pas acquis un statut personnel français... ». Mais il lui fallait apprécier si l'existence d'un siège social de fait en France était de nature à fonder la compétence de la loi française.

D'autre part, à notre avis, même si la juridiction française n'avait pas respecté le système français de solution de conflits de lois, il n'appartenait pas à un tribunal étranger de s'en faire juge. Cette solution est incontestable pour le droit interne. Les juridictions étrangères doivent se borner à considérer le droit interne français comme une « res inter alios acta » et par conséquent l'appliquer tel qu'il résulte des décisions de notre jurisprudence. C'est d'ailleurs la solution que dicte la réciprocité, puisque c'est celle qu'adoptent nos tribunaux à l'égard du droit étranger, notre Cour de Cassation refusant systématiquement d'interpréter la loi étrangère. Cette solution doit, à notre sens, être étendue au système de solution de conflits de lois qui est, comme le droit interne, un des aspects du droit national et une émanation de la souveraineté étatique (1).

Le rejet de la Reconnaissance du droit acquis au profit de la Société de fait se trouvait d'ailleurs justifié par l'existence d'un traité diplomatique. En effet, la convention Franco-Belge du 6 octobre 1927 parle de sociétés constituées dans l'un des deux pays, conformément aux lois de ce pays et, par conséquent, ne semble pas limiter la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés françaises régulièrement constituées. Mais le Traité Franco-Belge du 8 juillet 1899 rend cette reconnaissance purement théorique, car

91. — (1) Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) arrêts 14 et 15, 12 juillet 1929 (Revue critique de Droit International 1929, p. 457 et 477, note Niboyet p. 484 et 485); arrêt 14 : « Il ne serait pas conforme à la tâche pour laquelle elle a été établie et il ne correspondrait pas non plus aux principes gouvernant sa composition qu'elle pût se livrer elle-même à une interprétation personnelle d'un droit national, en courant ainsi le risque de se mettre en contradiction avec l'interprétation que la plus haute juridiction nationale aurait sanctionnée... Ce sont les lois françaises telles qu'elles sont appliquées en France qui constituent en réalité le droit français ».

il limite l'effet international de la liquidation aux sociétés françaises régulièrement constituées et par conséquent ne permet d'attribuer aucun effet, même par voie d'exequatur, aux pouvoirs du liquidateur d'une société de fait en Belgique (2).

L'étude de la portée du principe du respect international des droits acquis en matière de sociétés révèle donc que son application peut être théoriquement envisagée en ce domaine, mais que, dans un certain nombre de situations, les conditions restrictives auxquelles il est assujetti empêchent de donner à la loi de la société toute la permanence désirable.

C'est cette portée relativement restreinte du principe du respect international des droits acquis qui, jointe aux inconvénients qu'il recèle, permet de douter de l'opportunité de son utilisation en tant que fondement de la permanence de la loi de la société.

Section II

UTILITÉ DU PRINCIPE DU RESPECT INTERNATIONAL DES DROITS ACQUIS COMME FONDEMENT DE LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

92. — Le principe du respect international des droits acquis repose sur l'affirmation d'une dualité de techniques de la science des conflits, dualité ayant sa base dans la distinction de deux moments dans la vie du rapport de droit : le temps de sa création et celui de son efficacité.

Les partisans de la distinction entre la création des droits et leur efficacité internationale soulignent la différence profonde de nature qui existe entre les deux problèmes. Dans le premier cas, il s'agit de créer un droit, de lui donner naissance. Dans le second, il s'agit de l'efficacité internationale qu'il y a lieu de faire produire à un droit définitivement constitué en dehors de son pays d'origine. Il faut déterminer si, malgré le déplacement, la législation conformément à laquelle le droit a été créé va continuer à en régir les effets. En matière de sociétés, il s'agit de savoir si, en dépit de la frontière qui est venue s'intercaler entre la naissance et l'efficacité

91. — Traité Franco-Belge du 6 octobre 1927, art. 5 (Rec. Textes Niboyet et Goulé, I, p. 393).

du droit, la personne morale conservera son régime juridique primitif ou, au contraire, devra subir des modifications (1).

L'appel à la notion de droit acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société rend donc bien compte du problème à résoudre, la détermination du domaine d'application dans le temps de la loi du siège social.

Toutefois, on peut faire aux partisans de l'application du principe du respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société une première objection : celle de vouloir lui attribuer une portée trop générale, faute de distinguer les différents aspects qu'est susceptible de revêtir le problème de l'unité dans le temps du statut juridique de la société.

Il a déjà été signalé, en effet, que la permanence de la loi de la société se posait sous un jour très différent selon qu'il y avait ou non modification de l'élément de rattachement reliant la société à un Etat, de même que sur le plan général le problème de l'efficacité internationale d'un droit ne se pose pas dans les mêmes termes selon que le déplacement du rapport de droit a entraîné ou non modification de l'élément de rattachement (2).

Or, les partisans du respect international des droits acquis ne tiennent guère compte de cette dualité d'aspects et ne voient dans le conflit mobile né du changement de siège social qu'une complication de la théorie des droits acquis, complication à laquelle ils étendent les solutions qu'ils donnent à cette dernière. Dans les deux cas, le droit créé à l'étranger doit être efficace dans sa forme originaire et continuer, par conséquent, à être régi par la loi qui lui a donné naissance.

Abstraction faite de cette extension abusive de la théorie des droits acquis à l'hypothèse du conflit mobile, extension qui sera critiquée plus longuement à propos du changement de siège social, mais qu'il importait de signaler dès maintenant, il convient d'apprécier l'opportunité du fondement dans l'hypothèse envisagée, celle dans laquelle le siège social est demeuré immuable.

92. — (1) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 937, p. 288 et s.

PILLET, *Principes*, n°s 273 à 318, p. 496 à 571. *La théorie des droits acquis* (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 1925, t. III, p. 489 et s.

PLAISANT, *op. cit.*, p. 28 et 29.

92. — (2) La distinction apparaît également avec une très grande netteté en matière de mariage. Si par exemple un Italien vient en France et cherche à se prévaloir des effets de son mariage contracté en Suisse d'après sa loi nationale, il n'y a pas modification d'un élément de rattachement parce que son état et sa capacité demeurent soumis à la loi italienne. Si, au contraire, il se fait naturaliser Français, la question de respect des droits acquis se complique par suite de la naissance d'un conflit mobile, conflit entre la loi italienne, ancienne loi nationale, et la loi française, nouvelle loi nationale, dont il faut déterminer le domaine respectif d'application dans le temps.

93. — Les partisans du fondement du respect international des droits acquis soutiennent qu'il est dicté par des intérêts multiples.

En effet, font-ils remarquer, le but que l'on se propose d'atteindre est d'assurer l'unité dans le temps du statut juridique de la société. La société forme un tout cohérent auquel il faut donner un régime homogène dans le temps. Il est arbitraire de soumettre à des systèmes juridiques différents la création de la société et son efficacité internationale, car on ne peut dissocier la cause de l'effet. En conséquence, toute la vie juridique de la société doit être soumise à une loi unique.

Cette unité législative est d'autant plus indispensable que le commerce international la commande de façon impérieuse. Il faut, en effet, dans les relations internationales, un maximum de stabilité et de sécurité qui ne peut être atteint si le régime juridique de la société est par trop contingent et variable.

D'autre part, la loi étrangère s'impose avec beaucoup plus de force du fait qu'elle a donné la vie à la société. Ce n'est plus une simple question de courtoisie qui doit contraindre l'Etat sur le territoire duquel on doit se prévaloir de l'efficacité du droit à reconnaître la souveraineté de la loi étrangère, mais un véritable principe juridique qui a sa source dans le droit des gens (1). Il s'ensuit que chaque Etat doit avoir pour la souveraineté de la loi étrangère un respect beaucoup plus profond qu'en matière de création des droits. Ce respect, dicté par un principe juridique, est aussi commandé par la gravité des conséquences qu'entraînerait sa méconnaissance. En effet, toute violation du principe du respect international des droits acquis constitue une atteinte beaucoup plus grave à la sécurité juridique internationale qu'une extension même abusive de la compétence territoriale de la loi apte à régir la création du rapport de droit. C'est le reflet en matière juridique de la proposition simple et évidente qu'il est toujours plus grave de supprimer ou de modifier profondément quelque chose qui existe que de s'opposer à la naissance d'une institution future (2).

Ces divers arguments sont, à notre avis, loin d'être convaincants, car, à l'exception du dernier qui n'est d'ailleurs pas propre aux sociétés, mais peut être invoqué en faveur du jeu du respect international des droits acquis sur le plan général, ils justifient beaucoup plus la permanence de la loi de la société que l'adoption du principe du respect des droits acquis comme fondement de cette permanence.

93. —(1) PILLET, *La théorie générale des droits acquis* (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1925, t. III, p. 489).

93. — (2) PLAISANT, *op. cit.*, p. 29.

A notre avis, le seul argument susceptible de donner à ce fondement une justification péremptoire serait qu'il permette de conférer à la loi de la société une permanence que l'application des principes de conflits de lois relatifs aux sociétés est impuissante à lui assurer, lorsque la société étend le champ de son activité au delà des frontières de l'Etat sur le territoire duquel elle a été constituée (3).

Or, précisément, la distinction de deux moments dans la vie de la société n'apporte rien de nouveau. En effet, lorsqu'une société vient faire des opérations en France, les opérations nouvelles qu'elle effectue sont généralement la conséquence d'une extension de son champ d'activité et nullement d'un déplacement de son siège social. Quelle est, dans cette hypothèse, la loi normalement compétente ?

Pillet déclare : la loi originaire de la société, parce que cette dernière a un droit acquis à voir cette loi régir son activité internationale. Mais cette explication n'apporte, à notre avis, aucune solution originale. En effet, le siège social de la société est demeuré dans le pays d'origine. Par conséquent, si l'on récréait la société en France en tenant compte de l'extension de son champ d'activité, le système français de solution de conflits de lois attribuerait compétence à la loi même qui a présidé à sa création : la loi étrangère du domicile social. Parler de droit acquis n'ajoute donc rien puisque les conditions d'application du respect international des droits acquis sont sensiblement les mêmes que celles auxquelles serait subordonnée la validité de la création de la société.

93. — (3) Cette critique vise également l'application du principe du respect international des droits acquis sur le plan général.

En effet, si l'on fait abstraction de la doctrine de Dicey et de Beale qui font du principe de l'efficacité internationale des droits un correctif de la territorialité et lui attribuent tout le domaine d'application qui est ordinairement celui des conflits de lois, on peut dire que le but que se proposent d'atteindre les tenants de cette théorie est de donner au titulaire du droit acquis des prérogatives supérieures et, partant, une situation préférentielle à celle qui serait la sienne s'il devait procéder à la création de son droit sur le territoire du pays dans lequel il désire se prévaloir de son efficacité.

Dans ces conditions, il apparaît clairement que l'appel à l'idée de droit acquis ne présente d'utilité réelle que dans la mesure où l'application des principes de conflits de lois qui régissent la création des droits ne permettrait pas d'aboutir à un résultat analogue, compte tenu du déplacement du rapport de droit.

Si par exemple deux Belges se marient en Suisse suivant leur loi nationale, la loi belge, peuvent-ils se prévaloir en France des effets de leur mariage ? La réponse nous semble évidemment affirmative, puisque s'ils se mariaient en France, la loi compétente, d'après la règle française de solution de conflits de loi, serait précisément la loi belge et que, par conséquent, ils pourraient créer en France, conformément à la même loi, les droits dont ils veulent se prévaloir. Bien entendu, on ne les obligera pas à célébrer un nouveau mariage en France, ce qui relèverait du domaine de la plus pure fantaisie ; aussi admettra-t-on la validité des droits nés sous l'empire de la loi étrangère, mais la notion de droit acquis n'apporte rien de nouveau, car on applique les mêmes règles techniques que pour la création des droits.

Dans ces conditions, l'utilité de faire appel au respect international des droits acquis pour fonder la permanence de la loi de la société apparaît limitée à deux hypothèses dont la première est d'ailleurs sujette à caution, car il n'est pas certain qu'elle rentre dans le cadre des conditions d'application du principe.

1re *hypothèse : La loi de la société dont on veut invoquer la permanence en France n'était pas compétente en vertu du système français de solution de conflits de lois pour présider à la constitution de la société, la règle française de conflit attribuant compétence à une autre loi étrangère.*

94. — Une semblable hypothèse, quoique rare, peut néanmoins se présenter au cas de divergence entre la règle française de conflit attribuant compétence à la loi du siège social réel et un système étranger soumettant la société à la loi du pays du centre d'exploitation. Par exemple, une société possède son siège social réel en Suisse et son centre d'exploitation en Italie. Elle a été constituée conformément à la loi italienne. Il serait, en cette matière, intéressant d'appliquer à cette société venant faire des opérations en France le principe des droits acquis, parce que, bien que l'extension de son champ d'action n'ait apporté aucune modification dans ses éléments de rattachement, il lui serait impossible de créer en France les droits dont elle veut se prévaloir. En effet, pour la règle française de conflit, sa loi c'est la loi suisse et non la loi italienne.

Malheureusement, il est très douteux que le principe de l'efficacité internationale des droits puisse jouer en cette hypothèse. En effet, la majorité des auteurs, et notamment toute la doctrine classique, se refuse à en admettre l'application dans ce cas. Nous avons nous-mêmes rejeté l'extension du principe à cette hypothèse, car il nous a semblé qu'elle se heurterait au caractère autonome de chaque règle de conflit (1). Mais si nous nous sommes refusés à l'admettre pour des raisons théoriques, il nous a paru nécessaire d'en souligner l'intérêt pratique, intérêt qui est de nature à renforcer la solution admise par M. Niboyet (2).

94. — (1) Voir supra n° 90.

94. — (2) Niboyet, *Traité*, n° 931 bis, p. 243 et s. Il convient d'ailleurs de remarquer que la jurisprudence française est divisée sur ce point et que certains arrêts ont consacré une solution proche des idées de M. Niboyet : Trib. Civ. Seine, 15 février 1922 (Clunet 1922, p. 397); Trib. Civ. Seine, 17 juin 1927 (Revu ede Droit Intern. Privé 1928, p. 332); Trib. Civ. Seine, 27 avril 1933 (Clunet 1934, p. 901).

2e hypothèse : La loi de la société est bien compétente en vertu du système français de solution de conflits de lois, mais certaines de ses dispositions sont contraires à l'ordre public français.

95. — On voit apparaître ici, non plus un défaut de communauté juridique entre deux systèmes de solution de conflits de lois, mais un déséquilibre entre les règles de fond des différents droits des sociétés, déséquilibre qui est à la base de l'ordre public et qui constitue l'obstacle principal qui s'oppose à l'universalité du droit.

L'intérêt de l'adoption du respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société réside dans la dualité des notions d'ordre public qu'entraîne la distinction de deux moments dans la vie de la société.

En effet, pour les partisans du respect international des droits acquis, il y aurait deux notions distinctes de l'ordre public suivant le moment de la vie du rapport de droit auquel on se place.

Lorsqu'il s'agirait de la création d'un droit, l'ordre public aurait à la fois un rôle positif et négatif ; il serait indivisible et possèderait une grande intensité. En matière de droit acquis, au contraire, son rôle serait purement négatif ; il serait divisible et ne possèderait qu'une intensité relativement faible.

Pour certains auteurs (1), le rôle de l'ordre public, double en matière de création des droits, revêtirait au contraire un aspect unique lorsqu'on l'envisagerait sous l'angle du respect international des droits acquis. Cette différenciation repose sur une discrimination préalable du rôle positif et de la fonction négative de l'ordre public.

Le rôle positif se manifeste lorsqu'une loi dont l'ordre public est plus clément permet la création d'un droit dont la naissance serait impossible sous l'empire de la législation normalement compétente. Ce rôle positif ne joue pas en matière de droit acquis, car si la loi du pays dans lequel on cherche à se prévaloir de l'efficacité du droit est moins stricte que la loi originaire, cette douceur relative est sans influence sur l'étendue du droit acquis qui ne peut produire à l'étranger des effets plus considérables que ceux autorisés par la loi qui a présidé à sa création. C'est donc seulement une fonction négative que peut avoir l'ordre public dans le domaine des droits acquis, la souveraineté et l'autonomie de chaque Etat jouant ici seulement dans un sens restrictif.

95. — (1) Cf. *Répertoire de Droit International*, de LAPRADELLE et NIBOYET, t. V, V°, *Droits acquis*, p. 713.

Toutefois, cette première différence entre la création et l'efficacité du droit en matière d'ordre public n'a pas, à notre avis, l'importance capitale qu'on lui a parfois faussement attribuée, et il ne faut pas se laisser abuser par elle. En effet, la distinction entre le rôle positif et la fonction négative de l'ordre public est assez artificielle par suite du déséquilibre qui existe entre l'importance respective de ces deux fonctions. Ce qui compte essentiellement dans l'ordre public, c'est son aspect négatif, destructeur, qui constitue un obstacle à la création du droit aussi bien qu'à son efficacité. En effet, même lorsqu'il s'agit de la création d'un droit, l'ordre public joue souvent d'une façon unilatérale, et a un rôle purement négatif. Il n'est, pour s'en convaincre, que de reprendre l'exemple cité par M. Lerebours-Pigeonnière (2) : Lorsque deux étrangers désirent se marier en France, les conditions de fond du mariage sont soumises en principe à leur loi nationale. Toutefois, l'ordre public français conduit l'officier de l'État civil à refuser de célébrer le mariage si les fiancés n'ont pas l'âge minimum requis par la loi française (art. 144 C. civ.). Mais le retour aux dispositions de la loi française n'a lieu que lorsque la loi nationale des futurs époux se montre plus libérale que notre législation. Si, au contraire, la loi nationale fixe un âge minimum inférieur à celui prévu par la disposition de l'article 144 C. civ., elle ne sera pas écartée.

On peut donc dire que l'on applique ici un raisonnement qui se rapproche fort de celui suivi en matière d'efficacité des droits et que l'ordre public joue le plus souvent, sur le terrain de la création des droits, dans un sens purement restrictif, lorsque la loi étrangère autorise une institution contraire aux principes de base du droit français. Il ne faut donc pas exagérer l'importance de la distinction du rôle positif et de la fonction négative de l'ordre public si l'on voit dans ce dernier ce qu'il est réellement, c'est-à-dire un correctif permettant de sauvegarder le particularisme de chaque législation nationale et de revenir à l'application de la *lex fori*, incompétente en vertu des règles normales de solution de conflit de lois. Comme le fait remarquer fort justement M. Lerebours-Pigeonnière (3) : « La jurisprudence aura plus rarement besoin d'empêcher l'application en France d'une loi étrangère interdisant l'accomplissement d'un acte permis par la loi française, qu'elle ne sera appelée à écarter l'exercice d'une faculté au nom de la loi étrangère : l'accomplissement en France d'un acte aurait plus de retentissement dans l'opinion que le refus d'accomplissement ; il causerait plus de scandale. » Cette remarque est symptômatique de la véritable nature de l'ordre public

95. — (2) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 4e édition, p. 317, n° 269.
95. — (3) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3e édition, p. 310, n° 270.

qui est lié à l'opinion publique, aux mœurs nationales, deux données qui exercent sur les décisions jurisprudentielles une incidence qui n'est pas négligeable (4).

96. — La distinction de deux moments dans la vie du rapport de droit apparaît beaucoup plus convaincante lorsqu'on s'attache à en examiner l'influence sur la divisibilité et l'intensité de l'ordre public.

La divisibilité de l'ordre public, ignorée en matière de création des droits, joue un rôle primordial dans le domaine des droits acquis. En effet, lorsqu'il s'agit de créer un droit, le seul fait que l'un des aspects du rapport de droit heurte sur un point quelconque l'ordre public de la loi du For est susceptible de faire échec à cette création et de la paralyser totalement. Au contraire, sur le terrain des droits acquis, on s'attache moins au droit lui-même qu'à l'effet que l'on désire lui faire produire en territoire étranger, et ce n'est que dans la mesure où cet effet lui-même est contraire à l'ordre public du pays étranger que le droit sera dépourvu de toute efficacité internationale sur ce point. Le respect international des droits acquis ne trouve donc une limitation dans l'ordre public qu'autant qu'il choque ce dernier dans la manifestation même qu'on veut lui faire produire en territoire étranger.

C'est également dans le degré d'intensité de l'ordre public que se manifeste la distinction de la création et de l'efficacité internationale des rapports de droit. En effet, l'ordre public possède une vigueur moins grande sur le terrain des droits acquis que dans le domaine des conflits de lois. On cite traditionnellement à ce sujet l'exemple du divorce. Les étrangers, qui ne pouvaient pas divorcer en France avant 1884, avaient par contre la latitude d'invoquer les effets d'un divorce prononcé à l'étranger (1). De même, avant la loi de 1912, l'action en recherche de paternité naturelle n'était pas admise devant les tribunaux français. En conséquence, tout étranger désireux d'établir sa filiation en France se voyait opposer les prescriptions de l'ordre public. Par contre, s'il avait réussi à établir

95. — (4) M. J. Donnedieu de Vabres (*op. cit.* p. 678) tout en reconnaissant qu'en matière de droit acquis l'ordre public ne produit qu'un effet négatif, dénonce le caractère artificiel de la distinction sur le terrain de la création des droits. « En matière de conflits de lois, effet positif et effet négatif sont indissolublement liés l'un à l'autre, et on ne peut les concevoir séparément : si l'on écarte la loi étrangère, c'est en faveur de la loi française, et il n'y a pas de raison de sacrifier l'une si ce n'est pour appliquer l'autre. »

V. dans le même sens, P. Louis Lucas, *Remarques sur l'ordre public* (Revue de D.I.P. p. 436.)

96. — (1) Cass. Civ 28 février 1860 (S. 1860.1.210) ; V. dans le même sens *Cour de Milan*, 25 juin 1921 (Clunet 1922, p. 1042), contra : Rio-de-Janeiro, 2 octobre 1919 (Clunet 1921, p. 990).

sa filiation à l'étranger, l'ordre public français ne s'opposait pas à ce qu'il invoquât en France toutes les prérogatives qui en découlaient (2).

Ces quelques exemples que l'on pourrait multiplier à loisir mettent en évidence l'importance de la distinction de la création et de l'efficacité internationale des droits au point de vue du degré d'intensité de l'ordre public. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure à une distinction tranchée et à une division générale de l'ordre public en deux notions, dont l'une correspondrait à la phase de la création du droit et l'autre à celle de son efficacité internationale. Une semblable étanchéité recèlerait d'ailleurs une antinomie avec la fluidité de l'ordre public dont les contours sont essentiellement imprécis et changeants. La seule proposition que l'on puisse avancer sans craindre d'encourir le reproche d'une systématisation trop hâtive doit être énoncée en termes prudents et doit se borner à constater que l'examen de la jurisprudence et de la doctrine révèle que, d'une façon générale, l'exception d'ordre public est l'objet d'une application plus rigoureuse sur le terrain de la création des droits que sur celui des droits acquis. Toutefois, cette simple constatation ne saurait équivaloir à une véritable démonstration. Il reste, en effet, à démontrer que la différence que nous avons notée dans le degré d'intensité de l'ordre public est bien la conséquence directe de l'application de la distinction de deux moments dans la vie juridique du rapport de droit et non le fruit d'une coïncidence purement accidentelle, l'étendue de l'ordre public étant subordonnée en réalité à la fin que l'on se propose d'atteindre en l'employant.

Or, il semble effectivement que c'est dans le but poursuivi par l'ordre public qu'il faut rechercher le véritable facteur susceptible d'en faire varier l'étendue. Si par exemple on a permis, à une époque où le divorce était prohibé en France, à deux étrangers de se prévaloir dans notre pays des effets d'un divorce prononcé à l'étranger, c'est parce que ce qui choquait l'ordre public français c'était le fait de la séparation des époux et la crainte que ne fussent étalés au grand jour les désaccords conjugaux. Au contraire, une fois le divorce prononcé, les conséquences de la liberté retrouvée par les époux, au point de vue personnel et patrimonial, n'avaient rien qui puisse heurter nos conceptions morales et juridiques. De même, le refus du droit français d'ouvrir la porte à l'action en recherche de paternité naturelle était dicté uniquement par le désir d'éviter les procès et les scandales qui pourraient en résulter par suite de la publicité faite à des situations qu'on jugeait préférable de ne pas ébruiter. Par contre, il n'y avait aucun inconvénient à ce

96. — (2) Paris, 2 août 1866 (S. 186.2.342) ; Nancy, 6 juin 1912 (Clunet, 1914, p. 568) ; Cass. Civ. 11 avril et 1er mai 1945 (D.C. 1945, J. 1).

que l'enfant dont la filiation avait été établie à l'étranger puisse se prévaloir en France des prérogatives que lui conférait son statut familial.

Dans ces différentes hypothèses, la véritable raison de la non utilisation de l'ordre public sur le terrain des droits acquis nous semble résider dans le fait que le but de l'exception est uniquement d'éviter les scandales auxquels pourraient donner lieu les procès nécessaires à la naissance du droit. La meilleure preuve en est que lorsque c'est l'institution elle-même ou certains de ses effets qui sont contraires aux principes de base de notre droit, l'exception d'ordre public joue avec la même intensité, qu'il s'agisse de la création du droit ou de son efficacité internationale.

Au fond, tout le problème a sa source dans le caractère territorial de l'ordre public qui ne permet à nos tribunaux d'appliquer l'exception qu'aux droits et aux faits qui se produisent sur le territoire français. Lorsqu'un droit est créé en France, il tombe tout entier sous le coup de l'ordre public, parce que tout se passe à l'intérieur de nos frontières. Lorsqu'au contraire, on veut simplement se prévaloir en France de certains effets d'un droit né à l'étranger, il est possible qu'il échappe à l'ordre public, mais c'est uniquement parce que ce dernier, à raison du but qu'il poursuivait, ne visait pas les manifestations du droit qui sont les seules à pénétrer à l'intérieur de nos frontières, mais l'opération qui a donné naissance au droit, opération que notre ordre public essentiellement territorial n'a pas à prendre en considération puisqu'elle s'est déroulée en territoire étranger.

97. — Ces différentes réserves que nous avons formulées ne sauraient constituer pour nous une négation de l'intérêt de la distinction de la création et de l'efficacité du droit au point de vue de l'intensité de l'ordre public. Nous reconnaissons qu'il pourra y avoir lieu à une répartition de l'ordre public entre les deux catégories sus-énoncées. Mais il n'y aura jamais de séparation étanche entre elles, car la répartition ne sera jamais automatique. Elle sera fondée sur un double critère qui est indépendant de la distinction : le but que l'on se propose d'atteindre par l'utilisation de l'ordre public ; la mise en jeu d'un droit, de certains éléments ou de certains effets sur le territoire français. Dans tous les cas, il faudra, pour que l'ordre public joue : qu'il s'agisse d'un événement qui se déroule en France et qui choque par lui-même les principes de base de notre droit. La différence d'intensité dans le degré de l'ordre public tient uniquement au fait qu'à l'étape de la création du droit, tout se passe en France, tandis que, sur le terrain des droits acquis, seuls certains effets du droit franchissent nos frontières. Il n'y a en aucun

cas de différence inhérente à l'ordre public lui-même. Donc similitude de raisonnement, similitude de technique, mais, dans certains cas, aboutissement à un résultat différent.

Même ramenée aux justes proportions qui sont les leurs, les conséquences de la distinction de la création et de l'efficacité internationale des droits en matière d'ordre public ne sont pas dénuées d'intérêt sur le plan général.

Cet intérêt est-il suffisant en matière de sociétés pour justifier l'appel au respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société ?

A notre avis, il faut répondre par la négative, car en matière de sociétés l'opposition des deux notions d'ordre public présente un intérêt des plus restreints.

En effet, pratiquement l'ordre public ne joue guère lors de la constitution de la société. Il intervient seulement lorsqu'une société étrangère, soumise en tant que telle à la compétence normale d'une loi étrangère, vient exercer une partie de son activité en France. C'est donc uniquement lorsque l'on appréciera la permanence de la loi de la société que l'ordre public pourra être amené à jouer son rôle de correctif en ordonnant le retour à la compétence exceptionnelle de la *lex fori*.

Au contraire, au moment de la création de la société, c'est pratiquement dans le pays de constitution que s'élèveront, dans la presque totalité des hypothèses, les litiges relatifs à la validité de la future société. Or, comme pour des raisons dont la principale tient aux exigences de la publicité des sociétés par actions, la constitution de la société interviendra presque toujours dans le pays du siège social (1), elle se confondra avec la loi normalement compétente, la *lex fori*. Dans ces conditions, on pourra bien parler d'ordre public, mais ce concept recouvrera des réalités très différentes de celles qui le constituent traditionnellement en droit international privé. Il signifiera simplement que, par suite du caractère impératif, du caractère de lois de police et de sûreté du droit des sociétés, la *lex fori* normalement compétente refuse à la société qui heurte ses dispositions fondamentales le droit de se créer (2).

C'est ainsi que lorsqu'une société prétend se constituer en France dans le but d'exploiter une maison de jeu dans notre pays,

97. — (1) Voir NIBOYET, *Cours de Droit International Privé*, n° 275, p. 251 (Sirey 1947). Pour M. Niboyet, le domicile d'une personne morale est nécessairement au lieu de sa constitution.

97. — (2) Trib. civ. Marseille, 8 mai 1913 (*Revue de Droit Intern. Privé*, 1914, p. 581) déclare que la matière de la nationalité des sociétés est d'ordre public. Mais il entend simplement par là sanctionner son caractère impératif et affermir sa force obligatoire.

elle est très certainement nulle (3). Mais nous nous trouvons en présence d'une pure question de droit interne, et si l'on parle en cette matière d'ordre public, cela signifie uniquement que les lois pénales étant des lois de police et de sûreté obligent tous les étrangers sur le territoire.

Par contre, l'élément international peut s'introduire dès la création du droit lorsqu'une société prétend se fonder en France pour exploiter une maison de jeu à l'étranger. Dans ce cas, il faut, à notre avis, faire une distinction selon que la loi normalement compétente est la loi française ou une loi étrangère.

Si la société dont le siège d'exploitation est à l'étranger a en France son siège social, la loi française étant normalement compétente pourra refuser toute validité à la société. Mais, dans cette hypothèse, nous retombons dans le problème de droit interne cité plus haut. Le fait de l'exploitation à l'étranger n'introduit, à notre avis, aucun élément nouveau puisque la loi dont l'ordre public est en jeu est normalement compétente en vertu des règles ordinaires de solution de conflits de lois (4).

Lorsque la société dont l'objet est illicite conformément à la loi française prétend se constituer sur notre territoire sous l'empire d'une loi étrangère, la situation, qui est d'ailleurs dans une large mesure un hypothèse d'école, est, à notre avis, plus délicate. Deux solutions apparaissent théoriquement possibles. On pourrait tout d'abord soutenir que, puisque la société ne doit produire aucun effet en France, le tribunal doit se contenter d'interpréter les dispositions de la loi étrangère normalement compétente en vertu de son système de solution de conflt de lois. Il se bornerait à interdire éventuellement à la société ainsi constituée de produire éventuellement des effets sur notre territoire. Il se contenterait donc de faire application de l'ordre public sur le terrain des droits acquis.

Une semblable solution est manifestement mauvaise, car, outre qu'elle méconnaît la nature de l'ordre public et de la règle française de conflit, elle a l'inconvénient de conduire à des résultats de nature paradoxale. En effet, la décision qui appliquerait la loi étrangère sans tenir compte de l'ordre public français risquerait de donner une certaine investiture à une société contraire à notre ordre public, D'autre part, en refusant à la société tout effet en France, le tribunal se montrerait plus strict sur le terrain de l'efficacité des droits que sur celui de la création.

97. — (3) PILLET, *des Personnes morales en Droit International Privé*, n° 171, p. 254.

97. — (4) Sur ce point, la jurisprudence est assez divisée, mais est dans l'ensemble favorable à la nullité : Cour de Paris, 31 mars 1849 (S. 1849.2.464), contra Paris, 22 février 1849 (S. 1849.2.144).

Aussi pensons-nous que, même dans cette hypothèse, au demeurant exceptionnelle, la juridiction française devrait faire application de l'exception d'ordre public et revenir, grâce à elle, à la compétence extraordinaire de la *lex fori*.

98. — Au terme de cette étude, quelles conclusions peut-on tirer relativement à l'opportunité d'utiliser le respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société ?

Les développements qui précèdent nous ont permis de nous convaincre que le principe du respect international des droits acquis ne présente qu'un intérêt restreint, son effet le plus important apparaissant dans la différence qu'il permet de déceler dans l'intensité de l'ordre public, distinction qui ne joue en matière de sociétés qu'un rôle superficiel. C'est pourquoi il apparaît que la distinction de deux moments dans la vie de la société et l'utilisation du principe du respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société se ramènent à une terminologie nouvelle, attrayante peut-être, et dont l'utilité à des fins didactiques ne saurait être niée, mais qui, en superposant aux expressions traditionnellement employées des termes nouveaux qui ne sont pas le reflet d'une technique juridique différente, risque d'entraîner des complications inutiles et de semer la confusion et le désarroi dans les esprits.

Dans ces conditions, le principe du respect international des droits acquis ne doit pas être retenu comme fondement de la permanence de la loi de la société, à raison de l'intérêt très limité que présente son application en ce domaine.

Quelle est la raison profonde de cet intérêt restreint ? Elle réside à notre avis beaucoup moins dans le particularisme du droit des sociétés que dans le principe du respect international des droits acquis lui-même.

Faut-il conclure que l'idée de droit acquis est entachée d'un vice intrinsèque qui la condamne à jouer un rôle de second plan sur la scène juridique internationale, non seulement en matière de sociétés, mais encore sur le plan général ? (1)

98. — (1) Cf. en ce sens BARTIN (*Principes*, t. I, par. 78, p. 195) qui fait remarquer que, du moment que le respect international des droits acquis suppose que les droits dont l'effet international est en cause doivent être des droits légitimement et régulièrement acquis, il n'y a pas dans cette règle un principe nouveau et original de solution des conflits de lois. Le principe de l'efficacité internationale des droits n'est pas autre chose que « la conséquence, la traduction dans le temps du principe fondamental qui détermine la loi applicable à un rapport de droit quelconque, en fonction de la souveraineté de l'Etat dont ce rapport de droit relève par sa nature ». M. Arminjon se montre encore beaucoup plus catégorique puisqu'il n'hésite pas à affir-

Une telle condamnation sans appel ne serait pas, à notre sens, l'expression de la réalité. L'importance secondaire que nous attachons à la distinction de la création et de l'efficacité internationale des rapports de droit résulte beaucoup moins d'un vice inhérent à l'idée de droit acquis que du défaut de correspondance entre cette notion et l'évolution du droit international privé moderne. Cette opposition, que les partisans de la théorie se sont efforcés de réduire, les a empêchés de donner au principe des droits acquis toute la portée qui aurait pu être la sienne et les a contraints à lui donner un fondement qui cadre avec le nationalisme.

En effet, c'est dans le respect des souverainetés que Pillet cherche le fondement du principe des droits acquis. Par là même, il le fait reposer sur des bases analogues à celles qui commandent la solution des conflits de lois. En effet, dans une large mesure, les conflits de lois sont des conflits de souverainetés, et la compétence de la loi étrangère repose sur un respect librement consenti de la souveraineté de l'Etat étranger. Dans ces conditions, le respect des droits acquis n'aboutit qu'à une répartition nouvelle des compétences législative qui s'appuie sur les règles normales de conflits de lois (2). Il est même inexact, en dehors du conflit mobile, de parler de répartition nouvelle des compétences législatives. En réalité, on se borne à entériner la répartition primitive intervenue lors de la création du droit et à prolonger dans l'espace et dans le temps la compétence de la loi originaire. La seule condition à laquelle on subordonne cette investiture est une vérification de la régularité de la création du droit, c'est-à-dire de l'exactitude de la solution donnée au conflit de lois. On remonte donc à la phase de la création du droit, et le respect des souverainetés que l'on prend en considération est celui qui est intervenu au moment du règlement du conflit de lois puisque c'est seulement dans la mesure où notre système de solution de conflits admet la compétence étrangère et, par conséquent, s'incline sur le terrain du conflit de lois devant la souveraineté étrangère, que l'on reconnaît la validité du respect des droits acquis.

Dans ces conditions, il est juste de dire, comme le fait M. J. Donnedieu de Vabres, que les partisans du respect des droits acquis

mer que « cette notion inconsistante, ambigüe et polymorphe des droits acquis n'est utilisable à aucun degré en droit international privé ». (*Précis*, 3e éd., t. I, n° 138 et *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1933, t. 44, p. 5).

98. — (2) Si nous envisageons cette hypothèse c'est uniquement pour raisonner sur un exemple dans lequel l'ordre public est susceptible de jouer lors de la création de la société. En effet, on voit assez mal pourquoi les fondateurs d'une telle société s'obstineraient à vouloir la constituer en France en se heurtant à l'ordre public français, alors que ses principaux éléments de rattachement la relient à des Etats étrangers.

ayant fait rentrer cette matière dans des normes identiques à celles des conflits de lois, en ont fait un accessoire de ces derniers, accessoire qui ne mérite de jouir que d'une autonomie toute relative.

99. — Toutefois, il est permis de se demander s'il n'y a pas à la base de la théorie des droits acquis une idée intéressante susceptible de conduire à des conséquences beaucoup plus considérables si on l'exploite différemment et si l'on donne au principe des droits acquis un autre fondement que le respect des souverainetés.

M. J. Donnedieu de Vabres a très bien montré l'intérêt que pouvait présenter le principe des droits acquis si on le dotait d'un fondement très différent des idées traditionnellement admises (1). D'après lui, c'est sur les exigences de la communauté juridique internationale qu'il faut fonder le principe du respect international des droits acquis. Il constituerait alors, non plus une application des règles classiques de conflits de lois, mais au contraire un moyen de faire échec aux dispositions du droit commun des conflits de lois et principalement aux exigences de la règle de solution de conflits de la *lex fori*. Certains droits jouissent, en effet, d'une stabilité telle que la souveraineté des Etats est impuissante à en modifier la teneur. De semblables droits constituent véritablement des droits acquis, car leur valeur juridique est la conséquence directe de leur nature et de leur existence même. Leur efficacité internationale est donc un principe autonome qui ne s'intègre nullement dans la théorie des conflits de lois.

Ainsi conçue, la théorie des droits acquis voit son rôle profondément modifié. Elle devient, en effet, un instrument puissant au service de l'universalisme puisqu'elle permet de faire échec, non seulement aux traits originaux de chaque législation interne, mais au particularisme et au caractère national des règles de solution de conflits de lois.

Il faut bien reconnaître que cette conception, envisagée *in abstracto*, est fort séduisante. Malheureusement, il est extrêmement douteux qu'ele constitue autre chose que l'expression d'un lointain

99. — (1) J. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 755 : « Est-ce à dire qu'il faut complètement bannir l'idée de droit acquis ? Nullement. Mais bien loin de la fonder sur le respect des souverainetés, il faut la justifier par les exigences propres de la communauté internationale. Elle assure la reconnaissance universelle de certaines situations qui, si l'on eût appliqué les règles ordinaires de compétence fussent demeurées territoriales : certains droits possèdent, dans l'ordre international, une stabilité telle que le droit commun des conflits de lois, l'application de la loi normalement compétente et le respect des souverainetés ne réussissent point à les ébranler... Une grave différence sépare donc la théorie des conflits de lois et celle des droits acquis : l'une assure le respect des souverainetés étrangères, et l'autre l'intégrité de la communauté juridique internationale. »

idéal et qu'elle puisse effectivement rendre compte des réalités concrètes et cadrer avec l'évolution contemporaine de la science des conflits.

En effet, il est patent que le Droit International Privé, depuis l'échec des Conférences de La Haye, s'oriente chaque jour davantage vers des solutions nationalistes et territorialistes. En France, les membres du Comité français de Droit International Privé conjuguent leurs efforts en ce sens et discutent les divers problèmes en se préoccupant des intérêts nationaux et en faisant fi d'un universalisme trop souvent inaccessible.

Les conséquences de la guerre 1939-1945 ne sont pas, elles non plus, favorables à l'universalisme. Les différents Etats qui ont eu à souffrir des immixtions étrangères puisent en eux-mêmes les forces susceptibles de favoriser leur redressement. En matière juridique, il en est de même ; nous assistons à un autorepliement des divers pays et à l'affirmation indiscutable d'un nationalisme juridique sans cesse accru. Il semble même, sans vouloir préjuger des solutions futures, que l'avenir du Droit International Privé réside dans un nationalisme et un territorialisme bien compris que ne viendraient tempérer qu'accidentellement les aspirations universalistes (2).

100. — Dans ces conditions, nous ne pouvons aboutir, relativement au jeu de la théorie des droits acquis en matière de sociétés et même à son utilité sur le plan général, qu'à des conclusions empreintes d'un certain pessimisme.

En effet, la seule conception qui permette d'ériger le principe des droits acquis en théorie originale, entièrement dégagée de l'emprise des conflits de lois, repose sur des données universalistes, et comme telle apparaît inapplicable en droit positif. C'est donc seulement de *lege ferenda* qu'il serait possible d'en vanter les mérites. Mais, là encore, on ne peut le faire sans arrière-pensée, car il est très douteux que l'universalisme constitue la solution la meilleure. En tout cas, le sens de l'évolution contemporaine et l'esquisse que nous avons faite de sa continuation dans le futur nous interdisent de penser que cette conception quittera jamais le domaine de la spéculation pure et de l'utopie et nous commandent d'afficher à son égard un certain scepticisme.

De *lege lata*, la seule conception viable est celle qui tient compte du caractère national de la règle de conflit et qui, mettant le droit acquis à la remorque du conflit de lois, en diminue considérablement l'intérêt.

99. — (2) NIBOYET, *Traité*, t. III, nos 917 et s., p. 193 et s.

C'est la justification de la proposition énoncée, à savoir que le principe du respect international des droits acquis n'apportant aucun élément nouveau, il est inutile de faire appel à lui pour expliquer la permanence de la loi de la société.

CONCLUSION

101. — Au terme de cette étude des deux théories invoquées comme fondement de la permanence de la loi de la société, on ne peut que noter le caractère imparfait des deux fondements proposés : imperfection de la théorie du statut personnel due au fait qu'elle a sa source dans une assimilation trop poussée des sociétés aux personnes physiques, et qu'elle constitue un premier pas sur la pente dangereuse qui conduit à l'admission du concept de nationalité des sociétés ; imperfection du principe du respect international des droits acquis qui, en dehors d'une terminologie nouvelle, n'apporte rien de véritablement neuf en la matière.

En réalité, le véritable fondement réside dans le désir de soumettre à une loi unique l'ensemble du régime juridique de la société. Le contrat, l'institution, les effets qu'ils peuvent produire sur le territoire de pays différents forment un tout auquel il faut conserver le maximum d'homogénéité. Or, le meilleur moyen d'obtenir cette cohérence c'est de soumettre l'ensemble des rapports juridiques auxquels la société donne naissance à une loi unique possédant un domaine d'application extraterritorial. On s'est très vite rendu compte dans le domaine contractuel des écueils auxquels se heurtait le dépeçage du contrat (1). Admettre l'existence de plusieurs lois exerçant concurremment leur emprise sur la société c'était aboutir au « dépeçage » de la société et se heurter aux mêmes inconvéniets qu'en matière de contrats, inconvénients qui eussent été encore accrus du fait du rayon d'action beaucoup plus considérable de la société.

Dans ces conditions, pour justifier la permanence de la loi de la société, doit-on parler de statut de la société ?

Il ne convient nullement, à notre avis, de jeter l'anathème sur cette expression qui a l'avantage de condenser en elle-même les différentes questions soumises à la loi du siège social. Mais il importe de bien préciser qu'elle n'implique aucune assimilation de la société à l'individu et que l'extraterritorialité de la loi de la société se fonde sur la nécessité reconnue par les différents systèmes de solution de conflits de lois de soumettre la société à une loi unique. On

101. — (1) Cf. BATIFFOL : *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 77, p. 69.

peut donc dire qu'en ce domaine les nécessités du commerce international sont venues faire échec à la territorialité du droit, à la souveraineté de l'Etat et ont conduit le législateur à reconnaître sur son territoire la permanence de la loi étrangère de la société, ce qui montre que ce problème s'intègre bien dans la théorie générale des conflits de lois. Il faut d'ailleurs remarquer que, dans une certaine mesure, le problème de la permanence de la loi de la société est lié au problème de la reconnaissance des personnes morales étrangères qui est une question de jouissance des droits. En effet, reconnaître les personnes morales étrangères entraîne le droit pour elles de se prévaloir de la compétence de leur loi. Les problèmes de jouissance des droits et de conflits de lois se rejoignent donc sur ce point.

En conclusion, on peut affirmer que c'est du principe même de sa compétence que la loi de la société tire à sa permanence. Or, ce principe ne subsiste qu'aussi longtemps que le siège social demeure immuable. C'est pourquoi le problème de la permanence de la loi de la société se pose sous un jour différent au cas de changement de siège social dont il faut étudier l'influence sur la compétence législative.

TITRE II

Influence du changement du siège social sur la permanence de la loi de la société

102. — Lorsqu'une société désire faire des opérations sur le territoire d'un pays autre que celui dans lequel elle possède son siège social, plusieurs alternatives s'offrent à elle pour faciliter la mise à exécution de ce désir.

Elle peut tout d'abord établir dans ce pays une succursale qui est une simple dépendance de la société mère et qui est unie à cette dernière par un lien de subordination étroit. Si elle a en vue de faire dans le pays étranger des opérations plus importantes, elle peut aller plus loin et établir sur le territoire de cet Etat une filiale, qui est une société distincte, ayant un siège social séparé, mais demeurant néanmoins dans un certain état de dépendance vis-à-vis de la société mère.

Ces deux procédés lui permettent d'étendre le champ de son activité hors des frontières de l'Etat dans l'allégeance duquel elle se trouve et d'ajouter à son action sur le plan national une activité plus étendue dans l'espace.

Mais il se peut que le but poursuivi par la société soit différent qu'elle ne désire pas étendre le champ de son activité, mais le déplacer. Le pays dans lequel elle se trouve ne présente plus pour l'avenir que des possibilités d'action très limitées, tandis qu'au contraire un Etat voisin offre à son industrie des débouchés beaucoup plus intéressants, soit parce que c'est un pays neuf, soit parce que cet Etat réclame une industrialisation intensive. Dans ce cas, les deux procédés qui viennent d'être indiqués seront pour elle la source d'inconvénients qui dépassent les avantages qu'ils peuvent lui offrir.

En effet, la société sera tout d'abord assujettie à une fiscalité très lourde. Elle devra payer des impôts dans son propre pays et en outre elle subira les foudres du législateur fiscal de l'Etat sur le territoire duquel elle exerce désormais la majeure partie de son activité. Il en résultera une double imposition qui risquera de restreindre singulièrement l'étendue de ses bénéfices.

Sa marge bénéficiaire se trouvera également diminuée par suite d'une augmentation considérable de ses frais généraux. En effet,

du fait de l'éloignement existant entre le siège social et le centre d'exploitation, c'est-à-dire entre l'élément dirigeant et l'élément technique de l'entreprise, les rapports seront difficiles, lents et onéreux. La société ne bénéficiera d'aucun des avantages de la concentration économique, avantages substantiels qui dictent aujourd'hui la politique des grandes entreprises.

Que l'on envisage l'aspect fiscal ou l'aspect économique du problème, on arrive à cette conclusion que, dans la situation qui nous préoccupe le procédé de la succursale comme celui de la filiale risque d'entraver la marche de la société, et, en tout cas, nécessite de sa part des sacrifices financiers qui sont loin d'être négligeables.

Ces sacrifices, les dirigeants y consentiront d'un cœur léger si un lien sentimental de patriotisme leur commande de maintenir dans le pays d'origine le siège social de la société. Mais, s'ils jugent qu'une telle sentimentalité devient trop onéreuse et est impuissante à compenser les charges supplémentaires qui leur incombent, ils ont tout intérêt à rompre complètement avec le pays dans lequel leur société ne fait presque plus d'affaires et à transférer son siège social sur le territoire de l'État qui absorbe désormais la majeure partie de son activité.

Pour ces différentes raisons, le transfert du siège social d'une société à l'étranger répond à des intérêts pratiques évidents. Mais sa mise en œuvre soulève au point de vue de la permanence de la loi de la société des problèmes extrêmement délicats, car il a pour effet de modifier l'élément de rattachement qui sert de fondement à la compétence législative. Il donne en conséquence naissance à un conflit mobile entre la loi du siège social originaire et celle du siège social nouveau. C'est la solution de ce conflit qu'il faudra rechercher dans un premier chapitre.

Les bouleversements que le changement de siège social est susceptible d'entraîner dans le statut juridique de la société ont conduit certains auteurs à affirmer que la personnalité morale ne peut survivre à des modifications aussi profondes. Aussi en présence de cette controverse faudra-t-il rechercher dans un chapitre II si c'est la même société qui continue ou si le changement de siège social entraîne nécessairement dissolution de la société et constitution d'une société nouvelle. Répondre à cette question est au fond résoudre le problème de savoir si le changement de siège social est possible sur le plan international, car si l'on estime que ce n'est pas la même société qui continue, il n'y a pas changement de siège social puisque l'on se trouve en présence d'une société nouvelle qui est en droit absolument distincte de la première. Aussi peut-il sembler paradoxal de traiter de la possibilité du changement de siège social après avoir dégagé ses conséquences sur le terrain de la

compétence législative. Mais, ce plan s'il peut paraître illogique est cependant nécessaire, car les adversaires du changement de siège social s'appuient sur le fait qu'il entraîne une modification du statut juridique de la société pour en nier la possibilité. C'est donc seulement après avoir déterminé l'incidence exacte du changement de siège social sur le statut juridique de la société, que l'on pourra discuter en connaissance de cause de sa possibilité.

Les différents principes généraux étant ainsi dégagés dans les deux premiers chapitres, il restera dans un chapitre III[e] à prendre l'exemple d'une société étrangère transférant son siège social en France afin de préciser l'étendue de l'adaptation que devra subir son statut juridique pour se mettre en accord avec les exigences de la loi française.

CHAPITRE I

LE CONFLIT MOBILE CRÉÉ PAR LE CHANGEMENT DE SIÈGE SOCIAL

103. — Le changement de siège social d'une société donne naissance à un conflit mobile (1). En effet, le conflit mobile naît lorsque le déplacement du droit entraîne une modification de l'élément de rattachement sur lequel est fondée la compétence législative. Aussi ne peut-on parler de conflit mobile en matière de changement de siège social que si l'on a adopté ce dernier comme critère de détermination de la compétence législative.

C'est la raison pour laquelle Pillet voit dans le transfert du siège social d'une société d'un pays à l'autre une simple application du principe des droits acquis en dehors de toute idée de conflits de lois dans le temps.

En effet, pour Pillet, la loi de la société n'est pas la loi du siège social, mais celle du pays sur le territoire duquel la société a été constituée. Dans ces conditions, le transfert à l'étranger du domicile social ne modifie aucunement l'élément de rattachement qui détermine la loi compétente. La société, quelles que soient les vicissitudes qu'elle puisse traverser au cours de son existence demeure toujours soumise à sa loi originaire (2).

Cette conception présente évidemment l'avantage de simplifier le problème en le faisant disparaître. Mais elle suppose relativement à la solution du conflit de lois une position différente de celle que nous avons adoptée. Pour nous qui nous sommes ralliés à la loi du domicile social localisé au siège de la société, il est incontestable que le transfert de ce siège d'un pays dans un autre pose un problème de répartition dans le temps des compétences de deux lois différentes qui, en vertu de notre système de solution de conflits de lois, ont une aptitude successive à régir le statut de la société : la loi

103, — (1) L'expression de conflit mobile a été employée pour la première fois par M. Bartin. Nous l'employons car elle rend parfaitement compte de la nature de ce conflit qui joue à la fois dans le temps et dans l'espace.

103. — (2) PILLET. *Des Personnes Morales en Droit International Privé*, nos 76 et 77, p. 113 et s: C'est à cette solution que s'est rallié M. Niboyet. *Cours de Droit International Privé* 1947.

étrangère aussi longtemps que le siège social de la société est demeuré sur le territoire de l'Etat étranger, la loi française depuis le transfert du domicile social.

Pour résoudre le problème de la détermination du domaine respectif d'application des deux lois dans le temps, il est évident que trois solutions peuvent théoriquement être envisagées. Ce sont la survie de la loi ancienne, l'application immédiate de la loi nouvelle qui apparaîtrait comme l'extension au Droit international du principe de la non-rétroactivité des lois du droit interne, la rétroactivité de la loi nouvelle.

104. — Parmi ces trois solutions, il importe à notre sens d'écarter immédiatement la rétroactivité de la loi nouvelle. Ele n'a d'ailleurs jamais été admise par la jurisprudence et son succès en doctrine a toujours été très limité. On ne peut guère citer en faveur de la rétroactivité des lois en Droit International Privé que les auteurs allemands Niedner et Franz Kahn (1). Encore faut-il remarquer qu'ils recherchent moins la solution des conflits mobiles que celle des conflits dans le temps en Droit International (2).

En effet, il n'y aurait aucune stabilité ni aucune sécurité possible dans le commerce juridique international si l'on pouvait

104. — (1) NIEDNER (*das Recht*, 1900, p. 250 ; *Kommenzar z. Einführungsges des B.G.B.*, 3e éd., p. 295 ; *Zeitschrift für internationales privat-und-öffentliches Recht*, XI, 1901, p. 373 et s.). La Théorie de Niedner semble reposer sur des bases inexactes. En effet Niedner atribue aux lois de droit international privé un caractère rétroactif parce que, dit-il ce sont des lois de droit public et que les lois de droit public s'appliquent imédiatement et rétroactivement. Or, une telle affirmation est erronée. En effet, les lois de Droit Public sont soumises comme celles de Droit privé au principe de la non-rétroactivité des lois. V. aussi la conception soutenue par Franz KAHN (*das Zeitliche anwendungsgebiet der örtlichen Kollisions-normen, Jherling's Jahrbücher*, t. 43, 1901, p. 299-434).

104. — (2) Dans un article intitulé : *Les Conflits de lois dans le temps en Droit International Privé* (Revue de Droit Intern. Privé 1931, p. 36-86), M. Roubier montre bien la différence entre le conflit mobile et le conflit dans le temps du Droit International.

Le Doyen Roubier distingue en effet quatre sortes de conflits de lois dans le temps en Droit International Privé qui n'ont que fort peu de points communs avec le conflit mobile.

a) Le conflit dans l'espace de lois ayant pour objet de régler des conflits de lois dans le temps (conflit international de droit transitoire) ;

b) Le conflit dans l'espace de lois ayant pour objet de régler des conflits de lois dans l'espace (conflit international double, qui d'après M. Roubier n'est pas un véritable conflit de droit transitoire, mais peut être résolu en fonction des règles propres du droit international privé : théorie du renvoi) ;

c) Le conflit dans le temps de lois ayant pour objet de régler des conflits de lois dans le temps (conflit transitoire double) ;

d) Le conflit dans le temps de lois ayant pour objet de régler des conflits de lois dans l'espace (conflit transitoire de Droit International).

modifier rétroactivement les situations acquises. Cette absence de sécurité serait d'ailleurs préjudiciable au crédit de la société elle-même.

D'autre part, elle risquerait de remettre en question dans le passé les droits des actionnaires et tout le fonctionnement de la société depuis sa création jusqu'au transfert du siège social. Sans doute on pourra objecter que les actionnaires ne sauraient en être surpris puisque c'est eux qui, par leur vote, décident de l'opportunité du transfert, mais une semblable rétroactivité risquerait, ce qui est encore plus grave de modifier profondément et même parfois d'anéantir les droits d'une foule d'autres personnes qui, elles, sont totalement étrangères à l'opération, comme par exemple les tiers qui ont contracté avec la société. On peut donc affirmer sans crainte d'exagération que l'adoption de la rétroactivité de la loi nouvelle régissant le statut juridique d'une société commerciale aurait pour effet de rendre pratiquement impossible tout transfert du siège social sur le plan international.

Le rejet de la rétroactivité de la loi nouvelle se justifie également sur le plan théorique. L'application de la rétroactivité serait en effet contraire au principe de l'égalité devant la loi, puisque la loi nouvelle modifierait rétroactivement des situations créées avant sa promulgation sous le seul prétexte que ses effets se prolongent dans le temps, tandis qu'au contraire toutes les situations dont les effets ont été limités à la période antérieure à la promulgation de la loi nouvelle échapperaient nécessairement à cette dernière.

La rétroactivité de la loi nouvelle devant, pour ces différentes raisons, être écartée, deux solutions peuvent être envisagées : la survie de la loi du siège social originaire, l'application immédiate de la loi du siège social nouveau.

Section I

THÉORIES ADMETTANT QUE LE CHANGEMENT DE SIÈGE SOCIAL N'EXERCE AUCUNE INFLUENCE SUR LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

105. — Parmi ces théories, on peut distinguer deux courants qui, bien qu'aboutissant à un résultat identique : l'affirmation de la survie du siège social originaire, s'inspirent en réalité de considérations très différentes.

Une première explication consiste à justifier la survie de la loi du siège social originaire par l'application au conflit mobile de la

théorie des droits acquis ou des principes généraux relatifs aux conflits de lois dans le temps du droit interne, tels qu'ils apparaissent en matière contractuelle.

Une seconde explication repose sur des considérations pratiques et met en relief les avantages que présente en fait la survie de la loi du siège social originaire.

Leur examen et leur critique respectifs permettront d'apprécier l'opportunité de la survie de la loi originaire tant sur le terrain des principes juridiques que sur celui des considérations pratiques.

A. — *Explications reposant sur des considérations d'ordre théorique*

1° Justification de la survie de la loi du siège social originaire par l'appel a la théorie des droits acquis

106. — En dehors de l'hypothèse du conflit mobile, nous avions reproché au principe de l'efficacité internationale des droits acquis de n'apporter aucune solution nouvelle et d'aboutir rigoureusement aux mêmes résultats que ceux que permettait d'atteindre l'application des règles normales de conflit de lois. Sur le terrain du conflit mobile, un semblable reproche serait injustifié, et nous sommes les premiers à reconnaître que les partisans de la théorie des droits acquis en ont tiré des conséquences différentes de celles résultant du jeu normal des règles classiques de conflits de lois.

En effet, l'application du droit commun des conflits de lois doit conduire à l'application successive de deux lois dans le temps avec non-rétroactivité de la loi nouvelle, car aussi longtemps que la société n'aura pas transféré son siège social, le système de solution de conflits de lois attribuera compétence à la loi originaire. A compter du jour du transfert, une simple référence à la règle de conflit permettra de constater que cette dernière se prononce en faveur de la loi nouvelle qui est devenue celle du domicile social. Par conséquent, si, compte tenu du déplacement du droit, on se livrait à une nouvelle création dans le pays sur le territoire duquel on veut se prévaloir de l'efficacité du droit, cette création devrait s'opérer sous l'empire d'une loi différente de celle qui a présidé à sa naissance dans le pays originaire.

Au contraire, les partisans du respect international des droits acquis n'admettent pas d'une façon générale l'application immédiate de la loi nouvelle. Ils vont beaucoup plus loin et tendent, par l'utilisation du principe des droits acquis, à prévenir l'effet immédiat de la loi nouvelle et à assurer par conséquent la survie de la loi originaire.

Pillet notamment se prononce en faveur de cette dernière solution (1). Il la justifie toujours par le respect des souverainetés. Il est nécessaire que l'Etat dont la loi a donné naissance au droit puisse conserver son emprise sur ce dernier, même au cas de déplacement entraînant modification de l'élément de rattachement. Il doit donc continuer à régir les effets futurs du droit, de même qu'il a fixé ses conditions de validité dans le passé. Toute solution différente, outre qu'elle aurait l'inconvénient de scinder en deux le régime du droit dans le temps et de rompre par conséquent l'unité nécessaire à la vie du rapport de droit, risquerait de porter une atteinte préjudiciable à la souveraineté des Etats. En effet, il serait très facile aux individus désireux de se soustraire à l'empire d'une législation d'échapper à son autorité par une simple modification de l'élément de rattachement du droit.

Pillet oppose donc la solution du droit international à celle du droit interne et fonde cette opposition sur le but différent qui est poursuivi dans l'un et l'autre cas. En droit interne, la préoccupation essentielle est la satisfaction des intérêts individuels. En droit international au contraire, les préoccupations individualistes doivent céder le pas devant la nécessité d'organiser la communauté et les rapports d'interdépendance des divers Etats souverains. D'ailleurs, en droit interne un fait s'oppose à la survie de la loi originaire : son abrogation ; on se trouve en présence de deux lois dont la vie elle-même est successive dans le temps. En droit international privé, on est au contraire en face de la coexistence de deux lois, le conflit naissant non pas d'une substitution de l'une à l'autre, mais du déplacement du rapport de droit qui substitue selon la règle de conflit la compétence de l'une à l'autre par suite de leur juxtaposition dans l'espace. En somme, Pillet aboutit à une véritable extraterritorialité des droits acquis qu'il emprunte aux territorialistes, mais qui se greffe assez mal sur sa propre doctrine.

Tous les partisans des droits acquis ne reprennent pas la conception de Pillet, mais, avec quelques variantes dans le raisonnement, ils aboutissent en général à des conclusions identiques relativement à la solution donnée aux conflits mobiles.

Il faut donc reconnaître que l'application des droits acquis conduit en cette matière à des résultats différents de celui que

106. — (1) Cf. PILLET, *Principes de droit international privé.*
Il faut remarquer toutefois, que la conception de Pillet qui est exposée ici n'a pas été appliquée par lui aux sociétés, car Pillet étant partisan de la loi du lieu de constitution estime que le changement de siège social n'entraîne pas de conflit mobile, toutefois, étant données les idées émises par l'éminent auteur, il est certain que l'admission par lui de la loi du siège social comme loi de la société l'aurait conduit à se prononcer en faveur de la survie de la loi du siège social originaire.

permettraient d'atteindre les règles classiques de conflit de lois. Mais cette reconnaissance n'implique aucunement de notre part une adhésion totale ni même partielle au système des droits acquis sur le terrain des conflits mobiles.

En effet, la théorie du respect international des droits acquis présente à notre avis un vice rédhibitoire du fait qu'elle n'est pas liée à la survie de la loi originaire d'une façon suffisamment étroite pour que seule l'adhésion totale à ce principe permette et commande l'adoption de cette solution.

Certes, comme nous l'avons montré, la majorité des auteurs partisans du respect des droits acquis se prononce en faveur de la survie de la loi originaire. Mais précisément, cette majorité ne constitue pas l'unanimité et certaines doctrines, tout en conservant la cohérence nécessaire, ne lient pas le respect des droits acquis et la survie de la loi originaire. Leur examen nous permettra de faire une double démonstration :

a) La survie de la loi originaire peut s'expliquer par des argument étrangers au concept de droit acquis ;

b) Inversement, l'adoption de la théorie des droits acquis peut conduire à l'affirmation du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.

a) *La survie de la loi originaire peut se justifier par des arguments étrangers à la théorie des droits acquis*

107. — Il est facile de s'en convaincre à la lumière de la doctrine de M. Bartin (1).

Nous avons eu l'occasion de signaler que l'éminent auteur rejetait le concept de droit acquis, ou tout au moins se refusait à en faire un « principe nouveau et original de solution des conflits de lois ». Il n'en demeure pas moins que, tout en écartant la notion de droit acquis, M. Bartin aboutit, relativement à la solution des conflits mobiles, à des conclusions identiques à celles de Pillet, mais en utilisant un raisonnement profondément différent. En effet, la survie de la loi originaire lui semble dictée par la stabilité des institutions. Fidèle à sa méthode qui consiste à rechercher le but et la nature des institutions du droit interne et à projeter dans l'ordre international les conséquences qui en découlent, M. Bartin estime qu'il faut se livrer dans chaque hypothèse à une analyse de l'institution afin de rechercher dans quelle mesure l'unité entre le régime juridique du rapport de droit et celui qui doit en régir les effets futurs présente une nécessité impérieuse. Or, M. Bartin fait remar-

107. — (1) BARTIN, *Principes de droit international privé*, 1930, t. I, p. 193, paragraphe 78.

quer qu'en droit international le besoin d'unité est en général plus intense qu'en droit interne parce que la modification de l'élément de rattachement qui est à la base du conflit mobile a sa source dans la volonté individuelle du titulaire du droit, tandis que la substitution dans le temps de la loi nouvelle à la loi ancienne qui est la cause du conflit de lois dans le temps du droit interne est le résultat de la volonté du législateur. Cette intervention législative constitue une garantie inconnue du droit international quant à l'opportunité du changement de régime du rapport de droit ou à la sauvegarde de son unité juridique. D'ailleurs, et c'est le seul argument qui soit commun à la doctrine de M. Bartin et à celle de Pillet, dans le conflit interne nous assistons au conflit de deux lois dont l'une est née à l'abrogation de l'autre, tandis que dans le conflit mobile il y a coexistence des deux lois qui sont seulement dotées d'un domaine d'application différent dans l'espace.

Il n'y a dans toute cette argumentation aucun appel à la notion de droit acquis, et néanmoins M. Bartin affirme en conclusion sa préférence pour la survie de la loi originaire. L'exposé de cette doctrine nous permet donc d'affirmer que, même si l'on jette l'ostracisme sur le concept de droit acquis, cette exclusion n'empêche nullement d'aboutir à des conclusions identiques. Par conséquent, à supposer que la survie de la loi originaire constitue la solution la meilleure en matière de conflit mobile, il serait injuste d'attribuer au respect des droits acquis tout le mérite de cette supériorité, car il ne saurait revendiquer seul la paternité de cette solution qui peut s'appuyer sur des fondements très différents.

D'ailleurs, le lien qui unit le concept de droit acquis et la survie de la loi originaire est si ténu que la règle que nous venons d'énoncer comporte une réciproque, à savoir que l'adhésion à la théorie des droits acquis ne préjuge pas de la solution que l'on donne au conflit mobile.

b) *L'adoption de la théorie des droits acquis peut conduire à l'affirmation du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle*

108. — En effet, certains auteurs, dont les principaux sont M. Lerebours-Pigeonnière, de Vareilles-Sommières et M. Niboyet, tout en donnant leur adhésion au principe des droits acquis, rejettent la survie de la loi originaire en tant que solution du conflit mobile. Bien que leurs théories procèdent d'un esprit fort différent, elles se rejoignent pour étayer notre argumentation et pour renforcer notre conviction relativement à l'indépendance de la théorie des droits acquis par rapport à la solution du conflit mobile.

Théorie de M. Lerebours-Pigeonnière (1)

M. Lerebours-Pigeonnière admet que la distinction de la détermination de la loi applicable et des effets extraterritoriaux des droits antérieurement acquis est une méthode excellente pour la clarté de l'exposition. Mais il ne pense pas qu'il y ait une véritable antinomie entre ces deux ordres d'idées. Il estime au contraire que « ces précisions et discriminations ne sont que l'adaptation à des conflits mobiles dans l'espace du règlement général des conflits » (2).

L'éminent internationaliste accepte donc sous réserve de certaines atténuations l'idée de droit acquis. Mais, envisageant la solution du conflit mobile, il se refuse à voir dans la survie de la loi originaire la solution idéale. Il se prononce au contraire en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle, c'est-à-dire de l'extension au droit international privé des règles du droit transitoire interne. En effet, l'unité de législation interne d'une part, les motifs de sécurité juridique de l'autre, sont suffisamment forts pour imposer l'emprise de la loi de l'Etat actuellement compétent en vertu des règles classiques de solution des conflits de lois.

Nous aurons l'occasion d'exposer et d'apprécier bientôt les divers arguments que M. Lerebours-Pigeonnière invoque à l'appui de sa conception. Bornons-nous à noter pour l'instant la conclusion à laquelle il aboutit : application immédiate de la loi nouvelle, et à enregistrer avec satisfaction que cette première théorie nous permet de vérifier l'exactitude de la proposition que nous avons émise : à savoir que l'application de la notion de droit acquis ne conduisait pas nécessairement à se prononcer en faveur de la survie de la loi originaire.

Toutefois, on pourrait nous objecter que ce premier argument n'est pas absolument convaincant, parce que si M. Lerebours-Pigeonnière admet la notion de droit acquis, il ne le fait pas sans y apporter de sérieuses réserves, ce qui permettrait d'expliquer que, tout en acceptant cette terminologie nouvelle à des fins didactiques, il ne soit pas au fond totalement convaincu de la nécessité de ce concept et se refuse en conséquence à faire une application aveugle et systématique de tous ses effets.

Une semblable objection ne saurait ruiner notre argument. En effet, d'autres auteurs, dont l'autorité est également incontestée et qui accordent à la notion de droit acquis une place beaucoup plus considérable que ne le fait M. Lerebours-Pigeonnière, tendent néanmoins à reconnaître que la meilleure solution du conflit mobile

108. — (1) Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4e édition, n° 280, p. 31-34.
108. — (2) Lerebours-Pigeonnière, *eodem loc.* n° 272, p. 23.

demeure l'application immédiate de la loi nouvelle. C'est ainsi que de Vareilles-Sommières préconise l'extension au droit international de la solution de l'article 2 C.C. D'autre part, M. Niboyet, qui ne peut être suspect d'hostilité à l'égard du principe des droits acquis, puisqu'il en vante longuement les mérites et en fait même une véritable apologie (3), n'est pas très loin de cette solution. En effet, sa théorie, présentée sous une forme plus nuancée, puisqu'elle repose sur une discrimination de l'élément technique et de l'élément d'opportunité, lui permet d'aboutir à des conclusions relativement voisines, sans que le processus de son raisonnement cesse jamais d'être frappé au coin de la plus pure logique juridique.

Théorie de de Vareilles-Sommières (1)

109. — De Vareilles-Sommières admet sans contestation possible le concept de droit acquis et il en fait même, comme le fait remarquer fort justement M. Lerebours-Pigeonnière, « un des piliers de sa Synthèse du droit international privé » (2).

Mais de Vareilles-Sommières fonde la notion de droit acquis sur un principe très différent des idées de Pillet. Pour lui, en effet, ce n'est pas sur le respect des souverainetés qu'il faut asseoir le principe du respect des droits acquis. Il apparaît au contraire comme la projection sur le plan international du principe de la non-rétroactivité des lois du droit interne.

En effet, de même qu'il n'y aurait aucune stabilité dans l'ordre social interne si l'abrogation d'une loi devait en supprimer les effets dans le passé et entraîner la rétroactivité de la loi nouvelle, de même la sécurité du commerce juridique international subirait une grave atteinte si tout déplacement d'une personne ou d'une chose d'un pays dans un autre devait, lorsqu'il modifie la compétence législative, troubler rétroactivement des situations acquises.

Un intérêt puissant s'oppose donc en droit international comme en droit interne à la rétroactivité de la loi nouvelle : la stabilité et la sécurité juridique qui interdisent de remettre en question ce qui a déjà été fait. Mais de Vareilles-Sommières ne va pas plus

108. — (3) Niboyet, *Traité*, t. III, n° 937, p. 288 et s. M. Niboyet (eod. loc. p. 289, note 1) reconnait d'ailleurs dans une large mesure le bien fondé de la conception de de Vareilles-Sommières, puisque tout en lui reprochant une assimilation trop absolue du droit interne au droit international, il admet qu'un tel rapprochement s'impose, mais à la condition de faire toutes les transpositions qui sont rendues nécessaires du fait que l'on se trouve en présence d'un conflit dans l'espace.

109. — (1) De Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, t. I, n°s 40 et s., p. 30 et s.

109. — (2) Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4e édition, n° 274, p. 325.

loin. En effet, tous les arguments qu'il invoque s'opposent à la rétroactivité de la loi nouvelle, mais non à son application immédiate. La sécurité juridique n'est aucunement troublée par un changement de législation qui s'est opéré sans rétroactivité. En conséquence, il ne semble pas à de Vareilles-Sommières que la loi de l'Etat qui a présidé à la naissance du droit doive nécessairement continuer à le régir pendant toute son existence. Il n'y a aucune raison de dissocier sur ce point les solutions du droit international de celles du droit interne, puisque dans les deux cas la situation est rigoureusement la même. Sans doute, en droit interne, c'est la loi qui change par suite d'une abrogation suivie de la promulgation d'une loi nouvelle. En droit international au contraire, la modification qui intervient dans la compétence législative est liée au déplacement de la personne ou du meuble qui est le sujet ou l'objet du droit. Mais dans les deux hypothèses, le résultat est exactement le même et peut s'analyser en un changement de loi applicable, posant un problème de répartition des compétences dans le temps. D'ailleurs, fait remarquer de Vareilles-Sommières, la modification des compétences législatives peut, même en droit international, s'opérer en dehors de tout déplacement du titulaire du droit. Il en est ainsi au cas d'annexion. Dans cette hypothèse, les effets futurs sont destinés à se produire sur le même territoire que les effets passés. La seule modification qui soit intervenue est la substitution de la loi de l'Etat annexant à celle de l'Etat annexé. La situation est donc rigoureusement la même qu'en droit interne.

De Vareilles-Sommières se prononce donc en faveur de l'extension généralisée de la solution du droit transitoire interne sur le plan international, et ceci bien qu'il ne conteste nullement la nécessité et la validité du concept de droit acquis.

De même, M. Niboyet, bien qu'étant un ardent défenseur du principe de l'efficacité internationale des droits définitivement constitués, n'admet pas la conséquence extrême que l'on en tire généralement sur le terrain du conflit mobile : le rejet systématique de l'application immédiate de la loi nouvelle et l'adoption généralisée de la survie de la loi originaire.

Théorie de M. Niboyet (1)

110. — Il peut paraître paradoxal d'étudier la conception de M. Niboyet à côté de celle de de Vareilles-Sommières et de les utiliser toutes deux à des fins analogues, alors que dans son traité (1) M. Niboyet dénonce les faiblesses et les erreurs de cette

110. — (1) Niboyet, *Traité*, t. III, n° 938, p. 295 et s.

théorie qui se borne à projeter sur le plan international les solutions du droit interne, sans tenir compte des éléments nouveaux qui surgissent, éléments qui sont à la base du particularisme de la vie juridique internationale.

Toutefois, et c'est sur ce point que la théorie de M. Niboyet se rapproche de celle de de Vareilles-Sommières, l'éminent auteur reconnaît qu'il y a entre le conflit de lois dans le temps du droit interne et le conflit mobile du droit international des analogies certaines, et il admet qu'à raison de cette similitude on puisse penser à étendre dans l'ordre international les solutions données au conflit transitoire interne. Ce à quoi se refuse M. Niboyet, c'est à transposer purement et simplement les solutions internes sur le plan international. Pour lui, une semblable transposition n'est possible que sous réserve de certains aménagements que dicte le particularisme du droit international privé.

Par conséquent, M. Niboyet, sans rejeter systématiquement l'application immédiate de la loi nouvelle, ne l'élève pas non plus sur le terrain du droit international à la hauteur d'un dogme intangible. Il ne pense pas en effet qu'une solution générale et unique valable dans la totalité des cas puisse aboutir à des résultats fructueux. Il faut d'après lui distinguer selon que le heurt des deux lois provient d'une différence dans la technique ou est simplement le résultat de raisons d'opportunité. Lorsque l'opposition qui existe entre les deux législations ressortit à l'élément technique, la loi nouvelle doit nécessairement produire un effet immédiat à propos de n'importe quel droit. « En pareil cas, tout droit déjà constitué hors de France sera évincé par nécessité. » Lorsqu'au contraire la législation française repose uniquement sur des raisons d'opportunité, M. Niboyet pense qu'il faut respecter les droits régulièrement constitués à l'étranger, et ne faire tomber sous le coup de la loi française que les droits qui naîtront à l'avenir sous son empire. M. Niboyet ne s'est jamais préoccupé des répercussions que pourrait provoquer l'application de sa théorie en matière de sociétés, car il n'evisage pas la possibilité de conflit mobile en ce domaine. Pour lui, la société est soumise à la loi du pays sur le territoire duquel elle se constitue et elle ne peut transférer son siège social à l'étranger sans se dissoudre. Mais il convient de remarquer que si M. Niboyet rejette la possibilité pour une société de transférer son siège social à l'étranger tout en demeurant la même personne morale, c'est parce qu'il affirme qu'un tel transfert entraîne une substitution totale d'un statut juridique à à autre puisqu'il a pour conséquence une modification de la compétence législative. M. Niboyet refuse donc par là même d'appliquer aux sociétés commerciales la solution qu'il préconise pour le conflit mobile en général lorsque la divergence des deux

législations est dictée uniquement par des motifs d'opportunité, à savoir le respect des droits constitués dans le passé sous l'empire de la loi étrangère (2).

Dans ces conditions, pour concilier la théorie de M. Niboyet sur le plan général avec la solution qu'il préconise relativement au changement de siège social des sociétés de commerce, il semble qu'il faille admettre qu'en matière de sociétés la divergence entre la législation étrangère et la législation française est le plus souvent de nature technique, ce qui expliquerait la nécessité d'un changement total de statut, ou que l'ordre public vient s'opposer si fréquemment en cette matière au maintien du statut juridique antérieur en tant que situation acquise, qu'il est arrivé à renverser complètement le principe et à substituer à la survie de la loi originaire l'application immédiate de la loi nouvelle.

Quoi qu'il en soit, l'examen de cette théorie renforce encore notre conviction relativement à l'exactitude de la proposition énoncée, à savoir que le principe du respect international des droits acquis n'était aucunement lié à la solution du conflit mobile, puisque d'une part certains auteurs tout en rejetant le concept de droit acquis admettent la survie de la loi originaire, tandis que d'autres qui reconnaissent la validité et le bien-fondé de l'efficacité internationale des droits acquis se montrent néanmoins favorables à l'application immédiate de la loi nouvelle.

Par conséquent, et c'est l'erreur qu'il fallait dénoncer, il serait inexact de croire que, même si la post-activité de la loi originaire de la société apparaissait comme la solution la plus rationnelle, il soit nécessaire pour la justifier de faire appel au respect international des droits acquis.

Aussi, devant la carence de cette première explication, on peut penser à faire reposer la survie de la loi du siège social originaire sur les principes de solution des conflits de lois dans le temps que consacre le droit interne en matière de contrats.

2° Justification de la survie de la loi du siège social originaire par l'appel aux principes généraux de solution des conflits de lois dans le temps du droit interne.

111. — Lorsque l'on compare le conflit mobile au conflit de lois dans le temps, un rapprochement s'impose immédiatement à l'esprit. Dans les deux cas, en effet, le but que l'on se propose d'atteindre

110. — (2) Niboyet, *Cours de droit international privé*, (Sirey 1947, n° 277, p. 252 et s.

est identique : il s'agit d'assurer la répartition dans le temps des compétences législatives, c'est-à-dire de délimiter le domaine d'application de deux lois dans le temps.

Dans ces conditions, il est permis de se demander si l'on ne doit pas rechercher la solution du conflit mobile créé par le changement de siège social en fonction de celle donnée au conflit de lois dans le temps naissant en droit interne de l'abrogation de certaines dispositions législatives relatives aux sociétés et de leur remplacement par des dispositions nouvelles.

Or, en matière de sociétés, le conflit de lois dans le temps doit être résolu en faveur de la survie de la loi ancienne si l'on admet l'extension aux sociétés de commerce des règles consacrées par la jurisprudence sur le terrain contractuel.

En effet, en matière de contrats, la jurisprudence écarte l'application de l'article 2 du Code civil, car elle conduirait non seulement à faire respecter par la loi nouvelle les effets antérieurement produits, mais à lui soumettre en outre l'ensemble des effets à venir. Le principe de non-rétroactivité des lois, tel qu'il est conçu sur le plan général, serait donc impuissant à assurer l'unité dans le temps du régime du contrat en mettant ce dernier à l'abri des conséquences de l'abrogation de la loi sous l'empire de laquelle il a été formé. C'est une semblable rupture dans le régime juridique du contrat que la jurisprudence s'est efforcée d'éviter. La Cour de Cassation dans plusieurs arrêts n'a pas hésité à affirmer que « les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il est passé » (1). Elle en a d'ailleurs fait une application fréquente aux contrats qui constituent des chartes destinées à régir des situations juridiques de longue durée et notamment aux associations et aux sociétés (2).

111. — (1) Cass. Civ. 7 juin 1901 (D. 1902.1.105 ; S. 1902.1.513, note Wahl) ; Cass. 6 juillet 1912 (S. 1912.1.281) ; Cass. Req. 30 novembre 1920 (S. 1921.1.167). Il convient d'ailleurs de remarquer la position curieuse de la Chambre des Requêtes qui ne considère pas cette solution comme une exception, mais comme une conséquence du principe de non-rétroactivité : « ...Attendu que les effets d'un contrat sont régis en principe par la loi en vigueur au moment où il est passé... si le législateur n'a pas manifesté nettement sa volonté de déroger, dans un intérêt supérieur d'ordre public, à la règle de non-rétroactivité formulée par l'art. 2 C.C. ». Cette interprétation repose à notre avis sur une erreur, car la solution consacrée par la cour de cassation n'est pas seulement la non-rétroactivité de la loi nouvelle, mais la survie de la loi originaire (cf. en se sens, ROUBIER, *op. cit.* t. I, p. 586).

111. — (2) La cour de cassation s'est toujours refusé, sauf disposition expresse du législateur étendant la loi nouvelle aux sociétés constituées avant sa promulgation, à admettre l'empire de la loi nouvelle sur les sociétés existantes. Cass. 29 juin 1863 (S. 1863.1.493) ; Cass. Civ. 9 mars 1864 (S. 1864.1.489) ; 14 mars 1869 (S. 1870.1.125) ; 9 janvier 1878 (S. 1878.1.409) ; Paris 19 février 1897 (D. 1898.2.153, note Lacour ; S. 1899.2.185, note Wahl). Le législateur lui-même a d'ailleurs admis cette interprétation puisque lorsqu'il désire qu'une

Les théories les plus diverses ont été soutenues pour justifier la survie de la loi originaire (3). La plus exacte est, à notre avis, celle qui, opposant les situations légales au situations contractuelles, se fonde sur le fait que les premières reflètent l'unité du droit et les secondes sa diversité. Le contrat est en droit moderne l'instrument de différenciation par excellence des individus. En effet, du consentement même du législateur, ils peuvent instituer par le mécanisme du contrat des conventions qui, si elles rentrent toutes dans un cadre législatif, n'en sont pas moins susceptibles de présenter au gré de leurs auteurs des modalités très diverses.

En conséquence, le contrat apparaît comme un acte de prévision. « Les contractants qui y relient leurs intérêts savent ce qu'ils peuvent attendre des clauses expresses de l'acte ou encore de la loi. Il est évident que ce choix serait inutile si une loi nouvelle, modifiant les dispositions du régime en vigueur au jour où le contrat fut passé, pouvait apporter un bouleversement dans leurs prévisions. » (4).

L'application de cette solution au conflit mobile créé par le changement de siège social est inadmissible pour une double raison.

Tout d'abord, cette solution est, à notre avis, mauvaise en elle-même, car elle procède d'une assimilation abusive de la société au contrat.

D'autre part, même si l'on admettait avec la jurisprudence sa validité en matière de conflit de lois dans le temps, elle pourrait difficilement être transposée du droit interne au droit international,

loi nouvelle sur les sociétés s'applique aux sociétés en cours il le spécifie par une disposition expresse, témoin l'art. 4 de la loi de 1913 ainsi conçu : « Les dispositions de l'art. 31, al. 4 de la loi du 24 juillet 1867 et de l'art. 34 du code de commerce modifiés par la présente loi, s'appliquent aux sociétés déjà constituées sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 ». De même la loi du 16 novembre 1940 sur le Président Directeur Général contient une disposition spéciale précisant tout domaine d'application et affirmant qu'elle s'applique aux sociétés constituées antérieurement à sa promulgation.

III. —(3) La doctrine des « droits acquis » dont Savigny fut le créateur et Merlin de Douai, Chabot de l'Allier et Meyer les premiers défenseurs en France constitue une justification facile de la survie de la loi originaire en matière de contrats, mais elle se heurte à l'application immédiate de la loi nouvelle dans tous les autres domaines car la situation née d'un contrat ne constitue pas d'avantage un droit acquis que n'importe quelle autre situation juridique. Parmi les autres systèmes soutenus, on peut citer ceux de M. AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalem Privatrechts*, Leipzig 1902 ; *Sytem deutschen bürgerlicher Uebergangsrechts*, Leipzig 1903 ; de Duguit et Jèze fondé sur la distinction des situations légales et des situations individuelles (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. V. p. 308 et s. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 10 et s.) de H. CAPITANT, *Introduction à l'Etude du droit civil*, 5e éd. n° 46, p. 78, enfin le système du contrat tacite soutenu par de Vareille-Sommières. Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. (Revue critique de législation et de jurisprudence, p. 495).

III. — (4) P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. I, p. 597 et s.

car le conflit mobile créé par le changement de siège social est très différent par sa nature du conflit de lois dans le temps résultant de l'abrogation de la loi de la société et de son remplacement par une loi nouvelle.

a) *Critique de l'application aux sociétés des principes de solution des conflits de lois dans le temps admis en matière contractuelle*

112. — Les différents arguments qui militent en faveur de la survie de la loi originaire possèdent une valeur certaine dans le cadre de la théorie générale des contrats. Par contre, ils ne sont pas doués de la même force persuasive lorsqu'on veut en faire application aux sociétés commerciales.

En matière de sociétés, la diversité du droit est infiniment moins grande que sur le terrain contractuel ordinaire. En effet, si les associés conservent la possibilité d'insérer dans les statuts un certain nombre de clauses, cette faculté est beaucoup plus restreinte qu'en matière contractuelle, à raison de la réglementation beaucoup plus étroite qui existe et du caractère impératif des dispositions concernant les sociétés (1). C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles nous avons écarté l'application aux sociétés de la loi d'autonomie. Nous pouvons affirmer de même, que, dans la mesure où la survie de la loi originaire est la conséquence de la diversité du droit dont la source réside dans l'autonomie de la volonté des contractants, cette autonomie étant moindre dans le contrat de société que dans les autres, l'empire de la loi ancienne sur les effets futurs ne peut s'appuyer sur des assises aussi solides.

La faiblesse relative de ce premier argument ne saurait d'ailleurs permettre de condamner sans appel la survie de la loi qui a présidé à la constitution de la société. En effet, elle peut s'appuyer sur d'autres justifications qui conservent toute leur validité quand on les transpose du droit des contrats à celui des sociétés. C'est ainsi qu'il est certain que le contrat de société est, autant qu'un contrat ordinaire, et peut-être même plus à raison des effets plus étendus qu'il engendre, un acte de prévision. Les fondateurs ou les associés ont voulu soumettre leur société aux dispositions incluses dans les statuts. La survie de la loi originaire permet d'éviter de bouleverser leurs prévisions et surtout d'apporter des modifications profondes qui pourraient leur être préjudiciables en entravant le bon fonctionnement de l'institution. C'est, nous semble-t-il, dans la

112. — (1) Cette critique ne vaut pas pour les associations en participation qui sont de simples contrats.

volonté de la jurisprudence de consacrer l'unité dans le temps du régime juridique des sociétés qu'il faut rechercher le fondement véritable de la solution à laquelle elle s'est ralliée .

Toutefois, une semblable solution risque de porter atteinte au progrès du droit. En effet, lorsque le législateur accomplit une réforme, il réalise un progrès, non pas peut-être d'un point de vue absolu ni sur le plan de la technique juridique, mais en modernisant le droit, en l'adaptant aux faits et aux mœurs et en tempérant par ce moyen ce que pourraient avoir d'excessif la rigidité et l'immuabilité des textes légaux. En matière de sociétés, la réforme lui permet de faire suivre aux dispositions législatives l'évolution des conditions économiques, sociales et politiques. Dans la mesure où l'on exclut les sociétés en cours du bénéfice de la réforme, ne risque-t-on pas d'en limiter l'étendue et par là même de restreindre dangereusement la portée du progrès qu'elle réalise. Ne risque-t-on pas également de faire vivre des sociétés sous l'empire d'une loi dont les dispositions sont devenues anachroniques ?

La survie de la loi originaire considérée en tant que solution des conflits de lois dans le temps est donc discutable, car elle se heurte à un certain nombre d'écueils. Toutefois, en droit interne, par suite de la souveraineté du législateur, ces inconvénients peuvent être très atténués. En effet, toutes les fois que le législateur désire étendre la portée de la réforme qu'il entreprend, il dispose d'un palliatif très commode : il lui suffit d'insérer dans la loi nouvelle une disposition stipulant qu'elle s'appliquera aux sociétés en cours. C'est là raison pour laquelle la survie de la loi originaire nous paraît acceptable en droit interne.

Lorsqu'il s'agit non plus d'un conflit de lois dans le temps ressortissant au droit interne, mais d'un conflit mobile de droit international, la survie de la loi originaire est au contraire fort critiquable, car il existe entre le conflit de lois dans le temps créé par l'abrogation de la loi de la société et le conflit mobile issu du changement de siège social une différence de nature telle qu'il est difficile d'étendre au second les solutions du premier.

b) *Critique de l'extension au conflit mobile créé par le changement de siège social des principes de solution du conflit de lois dans le temps résultant de l'abrogation de certaines dispositions du droit interne des sociétés.*

113. — Etendre au conflit mobile créé par le changement de siège social la solution du conflit de lois dans le temps, c'est faire

abstraction de l'un des deux aspects du conflit mobile, qui est non seulement un conflit de lois dans le temps, mais aussi un conflt de lois dans l'espace.

En effet, dans tout conflit mobile, le conflit dans l'espace vient se superposer au conflit dans le temps. Ce double conflit résulte, non pas comme en droit interne d'une modification apportée à la règle de droit, mais d'un changement intervenu dans la situation juridique. Comme le fait remarquer très justement le Doyen Roubier, « le conflit surgit par suite de la mobilité des personnes et des choses qu'un déplacement peut rendre dépendantes de plusieurs législations » (1).

En conséquence, par suite du déplacement du siège social, un élément nouveau s'introduit dans le conflit mobile, élément qui est absolument étranger au conflit de lois dans le temps du droit interne : la frontière (2).

Par là même le conflit mobile résultant du changement de siège social rentre dans la théorie générale des conflits de lois dans l'espace. En effet, bien que l'opération se réalise en deux temps, le conflit provient de la coexistence dans des Etats différents de deux lois dont les dispositions divergent. Au contraire, le conflit résultant de l'abrogation de la loi de la société est strictement et uniquement un conflit dans le temps parce qu'il a sa source dans la succession sur un même territoire de législations différentes (3).

Intimement lié à la théorie des conflits de lois dans l'espace, le conflit mobile apparaît donc, et c'est à notre avis sa principale originalité par rapport au confit du droit transitoire interne, comme présentant un caractère double, un caractère mixte. En plus des problèmes que pose le conflit interne, il s'agit en effet de savoir « quelle est la limite dans le temps d'une souveraineté nationale, si elle se maintient ou non sur une personne ou un objet mobilier, qui paraît désormais se mouvoir sur le territoire d'une autre souveraineté » (4). Or, les dispositions du droit transitoire interne, qui n'ont été édictées que pour jouer dans le cadre d'un Etat unifié et, par conséquent, à l'abri de tout conflit de souverainetés en son sein,

113. — (1) P. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé* (Revue de droit international privé 1931, p. 59).

113. — (2) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 937, p. 290 : « Dans le conflit dans le temps entre deux lois françaises tout est national, tandis qu'en droit international privé, l'élément étranger fait son intrusion et cela entraîne des conséquences. Notre conflit est mixte en quelque sorte ; il est en effet à la fois dans l'espace et dans le temps. Il est dans l'espace puisqu'il s'agit de lois de divers Etats, mais il est dans le temps parce qu'elles agissent de façon chronologique aux diverses périodes de la vie d'un droit ».

113. — (3) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 2e éd. Paris 1860, t. VIII, paragraphe 344, p. 10 et 11.

113. — (4) ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé* (Revue de droit international privé 1931, p. 57).

sont impuissantes à donner la solution des conflits de souverainetés, solution que les règles propres du droit international privé sont seules aptes à fournir (5).

Le vice de l'explication qui vient d'être exposée et critiquée a donc été de n'envisager que l'un des aspects du conflit mobile résultant du changement de siège social. Pour cette raison, l'explication fournie par ces auteurs doit être rejetée.

On peut donc dire qu'aucune des deux théories tendant à justifier la survie de la loi du siège social originaire en fonction des principes généraux n'est satisfaisante.

Aussi certains auteurs ont-ils cherché à faire reposer la survie de la loi originaire sur des considérations pratiques tirées du particularisme de la situation créée par le changement de siège social. C'est le système élaboré par M. Wahl.

B. — *Explication reposant sur des considérations d'ordre pratique*

114. — Pour M. Wahl (1), la survie de la loi du siège social originaire se justifie par des considérations pratiques. Du moment qu'il n'y a pas création d'une société nouvelle, la société doit rester soumise à sa loi constitutive parce que cette solution est la plus commode pour les administrateurs, les gérants et les associés qui la connaissent bien.

Cet argument n'a, à notre avis, rien de péremptoire. Certes, il pourrait être intéressant pour les gérants, les administrateurs et les associés de voir leur société rester sous l'empire de sa loi constitutive qui est, dans presque tous les cas, moins rigoureuse que la loi française. Mais précisément, à raison de cette absence même de sévérité, la loi étrangère n'offrirait pas aux tiers français qui vont être amenés à contracter avec la société qui a désormais ses assises en France de garanties suffisantes. Il y a pour la France une question de protection de ses nationaux et de ses sociétés qui se pose et qui commande de soumettre à la loi française toutes les sociétés ayant leur siège social dans notre pays.

D'autre part, pour la société elle-même, les avantages que pourrait présenter la survie de la loi du siège social originaire sont trompeurs. Il est préférable pour elle d'être régie par la loi du pays sur le territoire duquel elle exerce son activité présente et où se trouvent désormais ses organes directeurs. Elle a tout intérêt à faire oublier son origine et à jouir de l'assimilation la plus complète possible avec les sociétés qui ont en France leur siège social depuis leur constitution.

113. — (5) NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 937, p. 295.
114. — (1) *Journal des sociétés* 1910, p. 145.

Ces divers arguments, qui seront exposés plus longuement lors de l'étude du système proposé, se retournent donc contre la survie de la loi originaire en faveur de laquelle on a voulu les faire jouer, et commandent l'adoption de l'application immédiate de la loi du siège social nouveau. C'est donc vers cette solution qu'il faut se tourner si l'on veut espérer résoudre de façon rationnelle le conflit mobile posé par le changement de siège social.

Section II

SYSTÈME PROPOSÉ : APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL NOUVEAU

115. — A notre avis, l'application immédiate de la loi du siège social nouveau se justifie pour une double raison :

Elle est tout d'abord dictée par les principes généraux de solution des conflits mobiles. Elle est commandée également par des considérations pratiques propres au droit des sociétés.

1^er^ *argument : L'application immédiate de la loi du siège social nouveau est dictée par les principes généraux de solution des conflits mobiles.*

Sur le plan général, le conflit mobile doit, en effet, être résolu en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle.

Nous avons vu que les auteurs qui se prononcent en faveur de la survie de la loi originaire invoquent généralement pour la justifier le principe du Respect International des droits acquis.

Nous ne reviendrons pas sur cette théorie puisque nous avons montré qu'elle n'était pas liée nécessairement à la survie de la loi originaire et que nous avons rejeté précisément les conséquences extrêmes que certains auteurs étaient désireux de lui faire produire (1).

M. Bartin justifie au contraire la compétence de la loi originaire par la nécessité de conserver aux institutions le maximum de stabilité, stabilité qui risquerait d'être mise en péril si l'on pouvait, du seul fait du déplacement du rapport de droit, scinder en deux dans le temps son régime juridique.

115. — (1) Cf. supra, n° 105-112.

115. — (2) Bartin, *Principes du Droit International Privé*, t. I, p. 193, par. 78.

Cette affirmation présente à notre avis l'avantage de poser le problème sur son véritable terrain : l'application de la loi nouvelle qui provoque nécessairement la rupture de l'unité du droit est-elle dangereuse pour sa stabilité ?

Pour notre part, nous ne le croyons pas. Il ne faut pas oublier, en effet, que le conflit mobile naît, non pas d'une modification de la règle de droit, mais d'un changement intervenu dans les données de la situation juridique elle-même, puisque c'est le déplacement de cette dernière qui a fait naître la modification de l'élément de rattachement. Il est donc normal qu'au déplacement du rapport de droit corresponde une modification de la compétence législative.

D'ailleurs, la solution inverse serait à notre avis d'autant plus mauvaise que le conflit mobile est dans une large mesure un conflit de souverainetés. Admettre la survie de la loi originaire, c'est reconnaître sur son propre territoire la compétence de l'Etat étranger dans une hypothèse où la règle de solution de conflits de la reconnaît pas. C'est à notre système de solution de conflits de lois qu'il appartient d'admettre dans certains cas la souveraineté de l'Etat étranger dans les hypothèses où il le juge conforme aux nécessités de la vie juridique internationale. Or, précisément il ne l'a pas admis. Pourquoi dans ce cas lui superposer une autre règle plus large alors que le rapport de droit né à l'étranger, du fait de son déplacement en France, est appelé à y exercer tous ses effets dans l'avenir, à y vivre désormais d'une vie juridique tout aussi intense que s'il était né sur notre territoire.

Il ne faut pas d'autre part que l'obsession de la défense du commerce juridique international fasse oublier les nécessités de sécurité juridique du commerce interne. Prenons l'exemple des tiers français qui vont avoir à traiter avec l'institution ou qui vont se voir opposer la situation juridique dont il s'agit. Si l'on admet la survivance de la loi originaire, ils devront, pour connaître avec certitude la loi qui régit l'institution ou la situation juridique, remonter jusqu'à sa création, ce qui les obligera à des recherches parfois longues et difficiles. Si l'on admet, au contraire, l'application immédiate de la loi nouvelle, la simple constatation du domicile ou de la nationalité du titulaire du droit, ou encore, s'il s'agit d'un meuble, de sa situation géographique actuelle, suffira à les éclairer. Ils n'auront plus pour acquérir toute certitude quant à la loi applicable qu'à se référer à notre règle de solution de conflits de lois.

116. — C'est d'ailleurs cette solution que consacre actuellement la jurisprudence française. La Cour de Cassation l'a fait avec une

très grande netteté dans l'arrêt Ferrari du 6 juillet 1922 (1). Elle considéra, en effet, qu'en obtenant sa réintégration dans la nationalité française, Mme Ferrari était venue se placer sous l'empire de la loi française et qu'il appartenait à cette dernière de régir, relativement à l'épouse, les effets du mariage postérieurs à sa réintégration et notamment le divorce. En conséquence, elle considéra comme recevable la demande en divorce intentée par Mme Ferrari.

C'est donc l'application immédiate de la loi nouvelle qui triomphe sur le plan général. A notre avis, son véritable fondement repose sur la règle de solution de conflits de lois elle-même. En effet, lorsque l'on veut déterminer le domaine respectif d'application des deux lois dans le temps, il faut commencer par se référer au système de solution de conflits de lois. Si l'on se trouve en présence d'un effet antérieur à la modification de l'élément de rattachement, la loi compétente sera la loi sous l'empire de laquelle le droit est né. Si l'on se trouve au contraire en présence d'un effet postérieur, le droit étant passé, du fait du déplacement effectué, sous l'empire de la loi nouvelle, une simple référence à notre système de solution de conflits de lois permettra d'attribuer compétence à la loi nouvelle.

Ce raisonnement est d'une application très facile au cas de changement du siège social d'une société.

En effet, une simple référence à la règle française de solution de conflits de lois nous permet de constater qu'après le changement de siège social, la loi compétente doit être celle du siège social nouveau. Elle permet également d'affirmer que, la loi du siège social nouveau ne devenant compétente qu'une fois que le changement est régulièrement effectué, c'est en fonction de la loi du siège social ancien que doivent s'apprécier les conditions de validité du transfert.

Sans doute, un semblable raisonnement peut paraître à première vue un peu simpliste, et il est certain que dans des situations compliquées la règle de conflit ainsi utilisée pourra être impuissante à fournir une solution qui soit parfaitement satisfaisante, mais il n'en demeure pas moins qu'en principe elle doit guider le juriste dans sa recherche et qu'il doit faire attention à donner une solution qui ne lui soit pas contraire. C'est la raison pour laquelle, tout en

116. — (1) Cass. 6 juillet 1922 (S. 1923.1.5 note Lyon-Caen, D.P. 1922.1.137) cf. dans le même sens : Cass. civ. 7 mai 1928 (S. 1929.1.9 note Niboyet) ; Cass. Civ. 5 février 1929 (S. 1930.1.81 note E. Audinet); Cass. Req. (D.H. 1931.181). Il faut d'ailleurs remarquer que dans l'affaire Ferrari, la Cour de Cassation refusa, après avoir admis la recevabilité de l'action, de convertir en divorce français la séparation de corps prononcée par le tribunaux italiens ; mais c'était pour une raison toute différente. Elle a considéré, en effet, que la séparation de corps italienne prononcée du consentement mutuel des époux ne pouvait servir de base à une conversion en divorce, la seule séparation de corps admise étant celle pour cause déterminée au profit de l'un des époux ou à leurs torts réciproques.

reconnaissant l'originalité des conflits mobiles, nous pensons qu'ils sont surtout des conflits de lois dans l'espace en deux temps et qu'en conséquence ils doivent eux aussi s'intégrer dans une certaine mesure dans la théorie générale des conflits de lois, qui nous commande de les résoudre par l'application immédiate sans rétroactivité de la loi nouvelle.

C'est donc à notre avis dans les principes propres du Droit International Privé que réside le véritable fondement de cette solution. Pourtant il est frappant de constater qu'elle coïncide exactement avec celle consacrée par l'art. 2 C.C. Certains auteurs en ont déduit que son fondement n'était pas autre que l'extension de ce texte au Droit International Privé (2). Ils ont été à notre avis victimes d'une analogie trompeuse dans les solutions, analogie dont ils ont déduit une identité de fondement. Or, la coïncidence entre les solutions du droit interne et du droit international est à notre sens purement accidentelle et, sur ce point, l'étude du conflit mobile en matière de sociétés est du plus haut intérêt, car c'est elle qui nous permet de dénoncer l'erreur des auteurs qui attribuent un fondement commun aux solutions du conflit transitoire de droit interne et du conflit mobile. En effet, si une semblable affirmation était l'expression de la vérité, les conflits mobiles en matière de sociétés devraient recevoir une solution identique à celle des conflits de lois dans le temps relatifs à la même matière. Or, alors qu'en droit interne c'est la survie de la loi originaire qui prévaut en ce domaine, l'application immédiate et sans rétroactivité de la loi nouvelle s'impose au cas de changement de siège social (3), d'autant plus que sa compétence qui découle des principes généraux de solution des conflits mobiles est dictée également par des considérations pratiques résultant du particularisme de la situation créée par le changement de siège social.

2e *argument : L'application immédiate de la loi du siège social nouveau est dictée par des considérations pratiques résultant de la situation créée par le changement de siège social.*

117. — Lorsque, dans la première partie, nous nous sommes attachés à déterminer la loi applicable à la société, des raisons impé-

115. — (2) De Vareilles-Sommières, *Synthèse du Droit International Privé.*

116. — (3) C'est d'ailleurs la solution admise par la jurisprudence française puisqu'elle annule pour fraude tout changement de siège social, lorsque l'établissement d'un siège social fictif à l'étranger a pour but d'échapper à la loi française : V. en ce sens Req. 17 juillet 1935 (Revue de Droit International Privé 1936, p. 767). Trib. Seine 22 décembre 1938 (Revue de Droit International Privé 1939, p. 269).

rieuses ont motivé nos préférences en faveur de la loi du siège social réel. Nous avons remarqué alors qu'elle était la mieux appropriée, car elle représentait la loi du pays où sont centralisés les intérêts, le fonctionnement, l'activité directrice, en un mot, du pays représentant le centre de la vie juridique de la société, le lieu d'où part l'impulsion directrice donnée à l'entreprise.

Or, toutes ces raisons ne sont valables qu'aussi longtemps que le siège social originaire représente effectivement le centre des intérêts sociaux. A partir du moment où il y a eu transfert du siège social dans un autre pays, il n'y a aucune raison de rester prisonnier du passé. La situation est en effet différente de celle dans laquelle la société se borne à faire des opérations à l'étranger. Lorsque le siège social est transféré dans un pays nouveau, la société a manifesté le désir de rompre avec son pays d'origine dans lequel elle ne trouve plus de débouchés suffisants pour lui permettre d'exercer son activité. Pourquoi alors chercher à atténuer cette rupture en attribuant compétence à la loi de ce dernier pays, alors que la société n'y est plus rattachée par aucun autre lien ? Ce qu'il faut considérer, ce n'est plus le passé, mais le présent. Or, le présent commande de se tourner vers le pays du siège social nouveau, puisque la société a manifesté sa volonté de s'intégrer dans l'économie de cet Etat qui constituera désormais le champ principal sinon exclusif de son activité. Cette intégration sera d'autant plus complète que l'on superposera aux liens économiques qui se créent une attache supplémentaire de nature juridique.

Les sociétés françaises sont soumises à notre législation qui est, comme chacun le sait, une des plus strictes. Or, en établissant en France son siège social, la société étrangère est venue se placer dans les mêmes conditions que ces sociétés. Son champ d'activité sera désormais le même. Une simple raison d'équité commande de la soumettre à un statut juridique identique.

Elle le commande d'autant plus impérieusement que la société, à compter du jour où elle a établi son siège social en France, bénéficie d'une façon générale, au point de vue de la jouissance des droits, des mêmes avantages que les sociétés constituées en France. Nous avons eu, en effet, l'occasion de noter qu'en dépit des critiques véhémentes qui lui ont été adressées, la jurisprudence se refuse à ouvrir largement la porte au contrôle et continue de lier la jouissance des droits au siège social. Bien que nous ayons critiqué nous-mêmes cette attitude jurisprudentielle, force nous est de la prendre en considération puisqu'elle constitue le droit positif et de fonder nos solutions en conséquence.

Or, il serait contraire à toute équité de voir une société hier encore étrangère bénéficier de tous les avantages accordés aux

sociétés françaises et rester soumise à une loi étrangère lui conférant un statut juridique plus libéral. Il y aurait une injustice analogue à celle que l'on rencontrerait pour les individus si l'on faisait aux naturalisés de fraîche date un traitement plus favorable qu'aux Français de naissance.

En face de ce faisceau d'arguments qui militent en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle, quelles sont les objections que les partisans de la survie de la loi originaire peuvent faire valoir ? Ce sont essentiellement celles fondées sur l'intérêt des associés et sur l'intérêt des tiers ; mais aucune d'entre elles n'est, à notre avis, entièrement convaincante.

En effet, si les associés risquent de voir l'étendue de leurs droits modifiée du fait du changement de statut afférent au changement de siège social, il ne faut pas oublier qu'ils sont à la base de ce changement. En effet, toutes les législations étrangères exigent au moins la majorité, sinon l'unanimité des associés pour que puisse s'opérer le changement de siège social. En droit français, la loi du 22 novembre 1913 pour les sociétés anonymes, la loi du 7 mars 1925 pour les sociétés à responsabilité limitée exigent un vote unanime des associés réunis en assemblée générale extraordinaire. Dans ces conditions, du moment que les associés connaissaient les conséquences du changement de siège social et qu'ils y ont souscrit, on ne peut parler de lésion de leurs intérêts. Sans doute, lorsqu'une législation autorise le changement de siège social à la majorité, on peut prétendre qu'une semblable disposition porte atteinte aux intérêts de la minorité, mais ce n'est qu'une application de la loi de la majorité qui n'est pas plus choquante que toutes celles que révèle chaque réunion d'assemblée générale.

118. — L'intérêt des Etats en présence commande également l'application immédiate de la loi nouvelle. L'Etat ancien ne saurait en effet s'y opposer, car son intérêt n'entre guère en ligne de compte. La société a rompu ses attaches avec lui, est sortie de son économie. Dans ces conditions, il n'a aucun intérêt, au nom d'un passé révolu, à désirer que sa législation continue dans l'avenir à régir le statut juridique de la société.

La situation de l'Etat sur le territoire duquel la société a transféré son siège social est toute différente, car il est au contraire directement intéressé à la question. Or, son intérêt lui commande d'exiger que les sociétés qui ont transporté leur siège à l'intérieur de ses frontières soient dans l'avenir soumises à sa législation. La solution contraire présenterait en effet deux inconvénients majeurs : elle constituerait une abdication de sa souveraineté et elle risquerait de défavoriser les sociétés concurrentes qui sont françaises depuis le jour de leur constitution.

L'admission de la compétence de la loi étrangère originaire sur les effets futurs de la société constituerait à notre avis une abdication par l'Etat de sa souveraineté. Sans doute, il est nécessaire de reconnaître à la loi étrangère un certain domaine d'application, sinon les problèmes de Droit International seraient insolubles. Mais, à notre sens, ici comme sur le plan général, l'Etat n'a pas à consacrer une solution plus libérale que celle donnée par sa règle de conflit.

On peut certes faire valoir en faveur de la survie de la loi originaire en matière de sociétés qu'elle est admise comme solution des conflits de lois dans le temps du droit interne et que son application donne des résultats satisfaisants en ce domaine.

Mais, précisément, la solution n'est admissible en droit interne que parce qu'aucune question de souveraineté n'est en jeu. En autorisant la survie de la loi ancienne, l'Etat ne fait que prolonger dans le futur la compétence d'une disposition législative qu'il avait lui-même édictée précédemment et qui, en conséquence, peut ne plus correspondre tout à fait à l'évolution récente des faits, mais qui, en tout cas, ne peut heurter ni la souveraineté de l'Etat, ni l'esprit du droit national, ni la technique législative qui lui est propre. D'autre part, la loi nouvelle ne faisant le plus souvent que retoucher la loi ancienne, la différence entre les deux régimes juridiques sera beaucoup moins considérable que dans le conflit mobile, car, en dépit d'une certaine communauté juridique entre les différentes nations, le droit des sociétés possède dans chaque pays un particularisme très accusé.

D'autre part, l'admission de la compétence dans le futur de la loi originaire risquerait de léser gravement les intérêts des sociétés concurrentes qui se sont constituées en France.

Le changement de statut juridique consécutif au changement de siège social ne saurait porter davantage atteinte aux intérêts des tiers, qu'il s'agisse des tiers qui ont contracté avec la société avant le transfert du siège social ou de ceux qui sont entrés en relations avec elle à une époque ultérieure.

Les tiers qui ont contracté avec la société avant le changement de siège social ne sauraient en aucun cas souffrir du transfert postérieur, puisque l'application de la loi nouvelle est immédiate, mais non rétroactive. Leurs droits ne sont donc pas remis en question et rien ne viendra troubler leurs situations acquises.

Quant aux tiers dont les relations contractuelles avec la société sont postérieures au transfert, ils risquent de subir davantage le contre-coup du changement de statut juridique. Mais pour qu'ils puissent être lésés, il faudrait qu'ils ignorent le changement de siège social et qu'ils croient la société toujours soumise à sa loi originaire.

Une telle hypothèse est très certainement rare en pratique, car la situation actuelle du siège social est un des éléments dont le co-contractant a le plus vite et le plus facilement connaissance. Il n'est d'ailleurs pour éviter aux tiers de semblables mésaventures que de soumettre le changement de siège social à une publicité suffisamment complète pour être protectrice de leurs intérêts.

D'ailleurs, le plus souvent ce qui risquerait d'induire en erreur le tiers qui contracte après le changement de siège social, ce n'est pas l'application d'un statut juridique nouveau, mais le maintien du statut juridique antérieur. En effet, un français contractant avec une société dont le siège social actuel est à Paris s'imagine de bonne foi qu'elle est soumise à la législation française. Confiant dans les garanties que lui offre notre législation nationale quant à l'étendue de la responsabilité des organes sociaux, il n'hésite pas à contracter. Puis, le jour où il veut mettre en jeu cette responsabilité, il apprend à son grand dam que c'est impossible parce que la société fondée vingt ou trente ans plus tôt dans un pays étranger demeure soumise à la loi étrangère qui la suit tel un ange gardien et lui assure l'impunité.

Le tiers contractant n'a qu'un moyen pour se mettre à l'abri d'une semblable mésaventure : se renseigner avant de passer la convention sur l'origine de la société. Or, une telle recherche se concilie assez mal avec la célérité qui est de mise en matière commerciale.

Il apparaît donc infiniment plus normal et plus commode de demander au contractant de connaître le lieu du siège social actuel que de l'obliger à fouiller dans le passé de la société et à remonter jusqu'à ses origines. C'est pourquoi l'intérêt des tiers commande lui aussi de faire suivre le changement de siège social d'un changement de loi applicable.

L'application immédiate de la loi nouvelle étant ainsi démontrée, entraîne des modifications profondes dans le statut juridique de la société. Ce bouleversement exerce-t-il une incidence sur la vie de la personne morale ? En d'autres termes est-ce la même société qui continue ou les dirigeants doivent-ils dissoudre la société ancienne et constituer dans le nouveau pays une autre société qui ne sera en fait que la continuation de l'ancienne, mais qui en droit sera distincte ?

Pour répondre à cette question, il faut étudier dans un chapitre II, l'influence du changement de compétence législative sur la vie de la société.

CHAPITRE II

INFLUENCE DU CHANGEMENT DE SIÈGE SOCIAL SUR LA VIE DE LA SOCIÉTÉ

119. — Pour déplacer le centre de leur entreprise d'un pays dans un autre les dirigeants sociaux disposent de deux moyens. Ils peuvent tout d'abord dissoudre la société et en apporter l'actif et le passif à une société nouvelle qu'ils créeront dans le pays sur le territoire duquel ils veulent exercer leur activité commerciale ou industrielle. Une telle solution présente pour eux des inconvénients très graves, car si, *en fait,* ce sera bien la même société qui continuera puisque le nouveau groupement aura recueilli le patrimoine de l'ancien, que les associés et les dirigeants seront les mêmes et que l'objet de deux sociétés sera identique, *en droit* par contre, il y aura deux groupement distincts, l'ancien qui vient d'être dissous et le nouveau qui vient d'être créé. Il n'y aura aucune continuité dans la personnalité morale d'où nécessité de transférer à la nouvelle société les biens de l'ancienne et de payer les droits fiscaux de mutation afférents à cette transmission. D'autre part, les dirigeants, se trouvant dans l'obligation de fonder une nouvelle société devront remplir toutes les formalités de constitution qui sont extrêmement complexes, surtout lorsqu'il s'agit d'une société anonyme. Enfin, ils seront contraints de s'assurer à nouveau de la capacité des associés.

Pour ces différentes raisons, l'opération qui consiste à dissoudre la société originaire et à en fonder une nouvelle est extrêmement peu pratique. Aussi, les dirigeants se sont-ils efforcés de faire admettre la validité d'un procédé beaucoup plus commode qui consiste à transférer le siège social de leur société dans le pays nouveau, sans qu'il y ait substitution d'une personne morale à une autre, mais survie de la personne morale originaire. Toutefois, la validité au point de vue juridique de ce dernier procédé est loin d'être unanimement admise et fait l'objet de très vives controverses doctrinales. En effet, comme nous l'avons vu, tout changement de siège social entraîne nécessairement une modification pour l'avenir

de la compétence législative. Aussi, une partie importante de la doctrine estime que la société ne saurait survivre à un tel bouleversement de son statut judiridque. D'autres auteurs admettent au contraire la validité du changement de siège social.

A — *Théorie niant la possibilité du changement de siège social sur le plan international*

120. — Certains auteurs (1) ont soutenu que tout changement important dans les statuts entraînerait nécessairement la dissolution de la société primitive. Une modification présentant un caractère de gravité tel que le transfert du siège social d'un pays dans un autre serait impossible.

En effet, la société tient son existence d'une fiction de la loi ; c'est sa loi d'origine qui lui a conféré sa personnalité morale. En conséquence, si elle se soustrait à l'empire de cette loi originaire, sa personnalité morale doit nécessairement disparaître (2). Cette opinion qui, au XIX[e] siècle, époque du triomphe de la théorie de la fiction, ralliait la majorité des auteurs, a perdu progressivement du terrain depuis le début du XX[e] siècle. Toutefois, ces dernières années, M. Niboyet en lui apportant le prestige qui s'attache à son autorité lui a conféré un regain d'actualité, et lui a insufflé une force nouvelle, en rénovant les arguments qui militent en sa faveur.

Pour M. Niboyet, il faut faire une distinction très nette, relativement à la possibilité de changer de domicile entre les individus personnes physiques et les personnes morales. L'identification entre ces deux concepts ne doit pas aller au-delà de la nature des choses. La société n'est qu'une fiction à objet limité qui n'est pas un être complet et qui ne peut avoir d'autre domicile que celui du pays de sa création.

Toutefois, le caractère fictif de l'être moral n'implique pas qu'il lui soit impossible de transférer son siège social, d'une ville à une autre à l'intérieur des frontières d'un même Etat. Une telle opération est parfaitement réalisable dans le cadre du droit interne. Par contre, en droit international la solution doit être toute différente parce que, dans ce domaine, un élément nouveau inter-

120. — (1) NIBOYET, *Cours de Droit International Privé* 1947.

120. — (2) SAUSER-HALE, *La situation juridique des étrangers en Suisse* (Bulletin de la société de législation comparée 1921, p. 232). PINEAU, *Les sociétés commerciales en droit international privé*. CUQ, *Nationalité des sociétés*, thèse, Paris 1921, p. 16 et 22. HOUPIN, *Traité des sociétés*, t. III, n° 1847, p. 141. COPPER-ROYER, *Sociétés* 2.578. NIBOYET, *Cours de Droit International Privé* (Librairie Sirey 1947), p. 252. LEVASSEUR, *Du changement de nationalité des sociétés anonymes* (Revue des sociétés 1914, p. 321). PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, n° 109.

vient. En effet,, déclare M. Niboyet, le domicile international n'est que la manifestation du statut juridique de la société. Lorsqu'une société se crée en France elle doit satisfaire à toutes les conditions du droit commercial français ; si elle se constitue en Angleterre, elle doit être en règle avec les prescriptions de la législation anglaise. En conséquence puisqu'elle ne peut avoir d'autre domicile que celui qui lui donne son statut juridique, il faut qu'elle change intégralement son statut juridique, ce qui est impossible.

Cette théorie a été vivement combattue par de nombreux auteurs qui admettent la validité du changement de siège social, même sur le plan international.

B — *Théorie admettant la validité du changement de siège social*

121. — Les tenants de cette théorie font remarquer que la personne morale n'est pas uniquement une fiction légale, mais qu'elle existe dès avant sa reconnaissance par la loi. Ce n'est pas la loi qui crée la personne morale, elle se contente de fixer les conditions auxquelles elle accordera la personnalité morale aux divers groupements, mais l'initiative de ces groupements demeure le fait des individus.

On peut objecter à cet argument rationnel qu'en Droit positif l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 22 novembre 1913 dispose que sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale délibérant à des conditions spéciales de quorum et de majorité peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, mais qu'elle ne peut ni changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires.

Mais les auteurs admettent que cette disposition ne saurait retirer toute validité au changement de siège social que le législateur vise sous le nom de changement de nationalité (1). La disposition de l'art. 31 emporte seulement interdiction à l'Assemblée Générale de voter le transfert du siège social d'un pays dans un autre aux conditions de quorum et de majorité autorisées pour les autres modifications statutaires. Elle autorise implicitement l'unanimité des actionnaires à décider le changement de siège social, changement qui ne se conçoit que s'il n'emporte pas dissolution de la société. Il faut toutefois noter que la possibilité pratique du changement de siège social se trouve considérablement restreinte par suite de l'unanimité exigée.

121. — (1) THALLER et PERCEROU, *op. cit.* n° 692, p. 449.
ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, n° 851, p. 484.

En faveur de la validité du transfert de siège social on peut également faire valoir qu'en droit français un certain nombre de lois ont admis la possibilité d'apporter aux statuts des modifications profondes sans qu'il soit nécessaire pour autant de dissoudre la société.

C'est ainsi qu'avant la loi du 24 juillet 1867, il existait en France des sociétés à responsabilité limitée créées par une loi du 23 mai 1863. La loi de 1867 (art. 47) a autorisé leur conversion en sociétés anonymes. Malgré ce profond changement dans le type de la société, elle a considéré que c'était la même personne morale qui continuait et qu'il n'y avait par conséquent aucune solution de continuité dans la vie de la société.

De même l'article 7 de la loi du 1er août 1893 donnait la possibilité aux sociétés civiles qui avaient été constituées sous une autre forme de se transformer en sociétés anonymes ou en sociétés en commandite.

La loi du 7 mars 1925 permettait aux société anonymes, en nom collectif ou en commandite de se transformer en sociétés à responsabilité limitée. D'ailleurs d'une façon générale, en droit interne, la jurisprudence admet que le changement de forme de la société n'anéantit pas la personne morale primitive. Les partisans de la validité du transfert du siège social à l'étranger concluent de ces différents exemples que, dans l'esprit du législateur, de profondes modifications intervenues dans la structure d'une société ne sauraient suffire à en altérer l'existence. Par analogie, le transfert du siège social d'un pays dans un autre, qui ne constitue pas une modification plus grave du pacte social que ces différentes altérations ne doit pas entraîner la dissolution de la société (2).

C — *Système proposé*

122. — C'est à l'opinion favorable à la validité du changement de siège social que nous croyons devoir nous rallier, car elle nous semble préférable à celle qui consiste à nier la validité du transfert du siège social à l'étranger. En effet, parfaitement défendable sur le plan théorique, elle répond à des intérêts pratiques incontestables qui ont déterminé son adoption par le législateur et la jurisprudence dominante de la France et des principaux Etats étrangers.

121. — (2) Voir en ce sens : PERROUD, *Le changement de nationalité des sociétés anonymes* (Clunet 1926, p. 561).

DEMASSIEUX, *Le changement de nationalité des sociétés de commerce*, thèse, Lille 1928

1°) Justification sur le plan théorique de la validité du transfert dans un pays étranger du siège d'une société

Le principal argument invoqué par les adversaires de cette opinion est, nous l'avons vu, que la loi originaire conférant à la société, en même temps que son statut juridique, sa personnalité morale, dès que la société sort de l'empire de cette loi sa personnalité morale disparaît.

Cet argument est loin d'être décisif à notre avis.

En effet, s'il est incontestable que le statut juridique de la société dépend de la loi du siège social, il est douteux qu'une dépendance aussi étroite unisse la personnalité morale à cette même loi. Sans doute, à l'origine la personne morale est liée à la loi constitutive parce que cette loi commande la validité et le fonctionnement de la société, mais par la suite, une fois la validité de la société reconnue par le législateur, la personne morale va posséder une vie propre et largement indépendante de la volonté du législateur. C'est ainsi qu'elle ne disparaîtra pas à la frontière, mais qu'elle va pouvoir étendre son activité en dehors du domaine d'application territoriale de la loi qui régit la société. Dans les pays étrangers son droit à la vie juridique est admis automatiquement ; en effet, de nos jours la reconnaissance internationale de la personnalité morale de plano est un fait universellement acquis.

Certains auteurs comme Pillet ont fait valoir un autre argument contre la validité du transfert. Envisageant le caractère contractuel de la société, ils ont fait remarquer qu'un contrat ne pouvait demeurer valable qu'autant que la convention primitive ne subissait pas de modifications par trop profondes. Or, le changement de siège social constitue une altération essentielle du pacte social et comme tel doit entraîner la dissolution du contrat de société.

Cet argument ne nous semble pas avoir plus de poids que le précédent. En effet, si l'on fait appel au droit des contrats, on revient dans une large mesure sur le terrain de l'autonomie de la volonté. Même en matière de société, la volonté des parties dans la mesure où elle ne heurte pas les prescriptions d'ordre public, conserve une certaine part de liberté. Dans le cadre des dispositions d'ordre public la convention sociale est le fruit de la volonté concordante des associés. Ce que les associés ont fait librement, on doit admettre qu'ils peuvent le modifier, même assez profondément.

D'ailleurs le changement de siège social n'entraînera pas toujours nécessairement une altération profonde du pacte social. Sans doute il aura pour effet de soumettre la société à une loi étrangère et de lui donner par conséquent un statut juridique différent de son statut originaire. Mais les différences entre l'ancien

et le nouveau statut pourront dans certains cas ne pas être considérables. En effet, bien que le droit des sociétés soit un droit assez particulariste il existe néanmoins en cette matière, entre les différents droits des principales nations, un certain fond commun. Les règles de base demeurent généralement les mêmes et cette similitude dans les législations est frappante entre certains pays. C'est ainsi qu'une société française qui transférera son siège social en Belgique n'aura pratiquement que des modifications infimes à apporter à ses statuts. Dans ce cas pourquoi exiger la constitution d'une société nouvelle, alors que si la société avait changé de forme elle aurait dû apporter à ses statuts des modifications beaucoup plus profondes et aurait néanmoins continué à vivre ?

Toutefois, il faut bien reconnaître que, si le changement de siège social constitue parfois une modification de structure moins grave qu'un changement de forme, il possède néanmoins sur le plan sentimental un caractère de gravité beaucoup plus accentué. En effet, il va faire des associés les membres d'une société se rattachant à la législation d'un pays étranger, ce qui peut choquer leur patriotisme. Cette considération qui est juste, n'est pas cependant décisive, car elle n'affecte pas le principe de la validité du transfert, mais seulement les modalités auxquelles il doit être soumis. En effet, pour éviter que des associés voient la société changer de siège social contre leur volonté, il suffit de subordonner le transfert au consentement unanime des associés. Cette exigence le rendra peut-être difficilement réalisable, mais n'affectera pas sa validité sur le plan théorique.

2°) Justification sur le plan pratique de la validité du transfert du siège social d'une société dans un pays étranger

123. — Le changement de siège social répond à des intérêts pratiques évidents. Il évitera aux dirigeants de dissoudre leur société et d'en constituer une nouvelle. Il les met donc à l'abri de toutes les complications tracassières afférentes à cette double opération. Il épargne également aux dirigeants de la société de transférer l'actif et le passif de l'ancienne société à la nouvelle, ce qui est appréciable au point de vue financier, car une telle transmission est frappée de droits de mutation très lourds.

Toutefois, l'intérêt des dirigeants sociaux n'est pas le seul qui doive être pris en considération. Dans tous les problèmes relatifs aux sociétés sur le plan international, il faut tenir compte également de l'intérêt des Etats et de celui des tiers qui contractent avec la société. Or, il apparaît que l'admission du changement de siège social ne saurait léser les intérêts ni de l'Etat, ni des tiers.

Le changement de siège social n'est pas dangereux pour l'Etat. En effet, si un pays a besoin d'agents de production pour faire fructifier ses richesses naturelles, il ne pourra que se féliciter de la venue sur son territoire de cette société qui lui apporte un concours précieux. Même, si la société exerce son activité dans une branche très encombrée, il suffira d'édicter en cette matière un *numerus clausus*. L'interdiction faite aux sociétés exerçant leur activité dans cette branche de transférer leur siège social en France serait insuffisante, car elle laisserait libre la constitution de sociétés en France et l'activité des sociétés ayant leur siège social à l'étranger. Un Etat, quelle que soit sa situation économique n'a donc pas à redouter la possibilité théorique du changement de siège social.

Cette absence de danger, incontestable pour l'Etat qui doit voir la société s'installer sur son territoire, l'est également pour le pays de l'ancien siège social. En effet, si cet Etat jouit d'une grande prospérité économique, il est infiniment peu probable que ses sociétés l'abandonnent pour aller se fixer sur le territoire d'un autre pays. Si, par contre, le pays délaissé traverse une période de crise la désertion de certaines sociétés pourra être dangereuse. Il est peu probable que la suppression de la possibilité de transférer le siège social à l'étranger constitue un remède efficace à cet état de choses, car les dirigeants constatant que leur société n'a plus aucun débouché dans cet Etat la dissoudront pour la reconstituer en fait à l'étranger sous les apparences d'une société nouvelle.

De même le changement de siège social ne saurait être dangereux pour les tiers qui contracteraient avec la société précisément parce qu'il a pour effet de la soumettre à la loi française.

Dans cette mesure on peut affirmer que pour les tiers français qui contracteront avec elle une telle société est beaucoup moins dangereuse qu'une société étrangère faisant des opérations sur le territoire français. En effet, les tiers ne seront pas surpris et ne risqueront pas de se voir opposer les dispositions d'une loi étrangère qu'ils ignorent. Pour cette raison, il nous semble que, tout en conservant un rôle important, la publicité est moins indispensable à la protection des tiers que lorsqu'une société étrangère établit une succursale en France. Cette remarque est importante car c'est une des rares objections que l'on puisse faire au changement de siège social. On peut prétendre en effet que la solution qui consiste à exiger que la société se dissolve dans le pays d'origine et qu'une nouvelle société se constitue à l'étranger présente l'avantage de protéger efficacement les intérêts des tiers. En effet, au nombre des formalités de constitution que la nouvelle société aura à remplir figurent celles relatives à la publicité. Par contre, si l'on admet le changement de siège social, on risque de permettre une certaine

clandestinité. Une telle objection n'est pas décisive. En effet, il suffit pour l'écarter d'exiger que la société qui transfère son siège social à l'étranger publie ses statuts dans son nouveau pays. Ainsi l'intérêt des tiers se trouvera protégé sans que la société soit contrainte de se livrer à toute la série des formalités de constitution. Cette critique vise donc uniquement les modalités du changement de siège social. Elle ne saurait l'atteindre dans son principe.

Sur le plan pratique comme sur le plan théorique, il apparaît donc que lorsqu'une société transfère son siège social à l'étranger c'est la même personne morale qui continue son existence. Sur le terrain du droit positif la validité du changement de siège social ne saurait être contestée, car le législateur l'a autorisé expressément, et que, d'autre part, la jurisprudence française en admet la possibilité.

D — *Le Droit Positif*

124. — La loi du 24 juillet 1867 était muette sur la question. Il fallut attendre une loi du 22 novembre 1913 pour voir réglementer le changement de nationalité. Sous cette terminologie il est incontestable que le législateur désigne le transfert du siège social d'un pays dans un autre. En effet, le siège social est dans la théorie classique à laquelle s'est référé le législateur attributif de nationalité.

La loi du 22 novembre 1913 concernait uniquement les sociétés anonymes. Lorsque le 7 mars 1925, une loi introduisit en France la forme à responsabilité limitée, le législateur ne commit pas la même lacune qu'en 1867 et l'art. 31 de la loi disposait : « Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société ».

En France, les décisions jurisprudentielles sont extrêmement rares relativement au changement de siège social. Avant la loi de 1913 la jurisprudence était divisée sur ce point. Plusieurs décisions furent rendues successivement à propos de l'affaire de la société des Charbonnages du Poirier (1).

La Société des Charbonnages du Poirier était une société fondée en France en 1838, pour l'exploitation d'un charbonnage situé en

124. — (1) Affaire Clavé et Marcotte contre société des charbonnages du Poirier.

Cour d'Appel de Douai 13 mars 1893.

Cass. Civ. 26 novembre 1894 (Clunet 1895, p. 117) (D.P. 1895.1.57 note Thaller).

Cour d'Appel d'Amiens 29 juin 1895 (Clunet 1897, p. 158).

Cass. Req. 29 mars 1898 (Clunet 1899, p. 756) (D. 1899.1.595).

La jurisprudence antérieure sur des difficultés analogues ou connexes permettait de prévoir la solution de la Cour de Cassation. V. Aix 30 janvier 1868 (S. 1868.2.343); Cass. 7 juin 1880 (Clunet 1881, p. 262).

Belgique, à Montigny-sur-Sambre, et ayant son siège social à Valenciennes. Comme toutes les sociétés minières avant la loi du 1er août 1893, elle était constituée sous forme de société civile, mais son organisation était calquée sur celle des sociétés anonymes. Une décision unanime des associés avait modifié la forme de la société, en la transformant de société civile en société anonyme et avait transféré le siège social de Valenciennes à Montigny-sur-Sambre, en Belgique. Entre autres questions, la Cour de Cassation avait à résoudre celle de savoir si ces modifications entraînaient la dissolution de la société ou si au contraire la société avait pu survivre à de tels changements. La Cour de Cassation se prononça en faveur de la dissolution. Certains ont vu dans cette décision une adhésion formelle de la Cour de Cassation à la thèse qui soutient que le changement de siège social d'une société est impossible.

En réalité une telle conclusion est hasardeuse. En effet, l'opinion de la Cour Suprême semble avoir été, en l'occurrence, dictée par les circonstances de la cause. Il ne s'agissait pas d'un changement de siège social ordinaire, car il s'accompagnait d'un changement de forme de la société. A l'époque où est intervenu le changement de siège social, les sociétés minières étaient nécessairement en France des sociétés civiles. En transportant son siège social en Belgique la société pouvait prendre la forme anonyme qu'il lui était impossible d'adopter en France à cette époque. En réussissant à changer ainsi de type elle limitait au montant de leur apport la responsabilité des actionnaires et faisait ainsi à ses membres une situation préférentielle dont ils n'auraient pas pu bénéficier dans notre pays. Comme le fait remarquer fort justement M. Thaller dans sa note, indépendamment l'une de l'autre, la modification d'une société civile en société anonyme et le changement de siège social n'entraînaient pas la dissolution de la société. Le changement de siège social à lui seul ne saurait donc constituer une cause d'extinction de la société.

Mais la combinaison de ces deux mesures entraînait des conséquences beaucoup plus graves qui pouvaient justifier l'exigence d'une dissolution de la société (2).

124. — (2) Dans sa note au D.P. 1895, p. 57, Thaller montre éloquemment que ce que la Cour de Cassation a entendu sanctionner par la dissolution de la société, c'est le résultat auquel aboutit la combinaison des deux opérations. « Ce qu'on devait critiquer dans la délibération, déclare-t-il, c'était l'intention des associés d'obtenir au moyen du transfert du siège social et du changement de nationalité le bénéfice de la responsabilité limitée à leurs parts sociales, que la loi française alors n'acceptait point. Il n'y avait pas fraude à établir le siège social dans le district houiller d'exploitation, ni à changer par là de nationalité. Mais, du moins les associés en un seul trait de temps par une délibération indivisible parvenaient à faire ainsi de leur ancienne société à responsabilité indéfinie une société à responsabilité limitée ». La juxtaposition

En ce qui concerne la possibilité du changement de siège social qui nous intéresse seule ici, il semble que l'on ne puisse pas apporter à cet arrêt toute l'importance qu'on lui a parfois attachées et en déduire l'affirmation par la Cour de Cassation de l'impossibilité de survie de la société en cas de transfert du siège social à l'étranger.

Le Tribunal Civil de la Seine par un jugement du 20 janvier 1923 (3) a admis la possibilité du changement de siège social en posant toutefois comme condition nécessaire le vote unanime des actionnaires.

De même la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 17 juillet 1935 et le Tribunal de la Seine dans son jugement du 22 décembre 1938 ont reconnu implicitement la validité du changement de siège social. En effet, ils ont annulé les transferts effectués en l'espèce parce qu'ils étaient frauduleux. On doit en déduire *a contrario*, qu'en l'absence de fraude le transfert du siège social est parfaitement valable (4).

On doit donc conclure que le changement de compétence législative n'exerce aucune incidence sur la vie même de la société. C'est la même personne morale qui continue.

C'est de cette continuité qu'il faut tenir compte pour apprécier l'étendue de l'adaptation que doit faire subir à son statut juridique une société étrangère qui transfère son siège social en France pour le mettre en accord avec les exigences de la loi française.

---

dans l'espèce du changement de forme de la société et du changement de siège social fait apparaître l'analogie existant entre les deux opérations qui à l'égard des tiers peuvent produire un résultat identique : la limitation de la responsabilité de la société.

124. — (3) Clunet 1926, p. 121.

124. — (4) Précités.

CHAPITRE III

DES MODIFICATIONS QUE DOIT FAIRE SUBIR A SON STATUT JURIDIQUE UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE TRANSFÉRANT SON SIÈGE SOCIAL EN FRANCE

125. — La recherche de la solution du conflit mobile créé par le changement de siège social a permis de conclure à l'application immédiate et sans rétroactivité de la loi du siège social nouveau. Celle de l'incidence qu'exerce le changement de compétence législative sur la personnalité morale de la société nous a conduit à affirmer que c'était la même société qui continuait.

Ces deux principes devant déterminer l'étendue des modifications que doit subir le statut d'une société étrangère qui transfère son siège social en France, la solution nous semble résider dans les considérations suivantes : la société était conforme aux prescriptions de la loi étrangère. Elle possédait donc dans son pays d'origine une existence légale qui constitue un fait acquis. Cette société ayant transféré son siège social en France verra son existence future conditionnée par les dispositions de la loi française. La loi française sera donc applicable au régime futur de la société aussi bien pour les questions de fond que pour celles de forme, mais elle devra respecter l'existence antérieure de la société sous l'empire de la loi étrangère. Comme le déclare M. Perroud (1) : « Il ne s'agit pas de constituer à nouveau la société en France, ce qui serait méconnaître son existence antérieure à l'étranger, mais d'adapter la société à la loi française pour l'avenir ».

Il faut donc opérer une sélection parmi les différentes dispositions de la loi française sur les sociétés afin de déterminer celles d'entre elles que la société devra nécessairement suivre. Suivant quel critère devra s'effectuer cette sélection ? Le critérium nous semble résider essentiellement dans une interprétation de la volonté du législateur. En présence de chaque disposition, il faudra se demander quel a été le but poursuivi par le législateur en l'édictant.

125. — (1) PERROUD, *Du changement de nationalité d'une société anonyme* (Clunet 1926, p. 561).

Si le législateur a entendu protéger le crédit national, s'il a voulu donner satisfaction à des intérêts permanents et généraux, la société étrangère sera contrainte d'éliminer de ses statuts tout ce qui ne serait pas conforme à cette disposition impérative. Si au contraire le législateur a été guidé simplement par des préoccupations différentes comme l'intérêt des parties ou par des considérations ne se justifiant qu'au moment de la constitution de la société, une latitude plus grande pourra être laissée aux dirigeants de la société qui transfère son siège social en France ; on pourra leur permettre de ne pas remanier leurs statuts sur ce point (2).

La solution doit donc être nuancée. Il faut admettre la soumission de la société pour l'avenir à la loi française ; mais étant donnée son existence antérieure sous l'empire de la loi étrangère, il faut en tenir compte toutes les fois qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose pas. C'est en prenant comme guides ces principes généraux que nous allons étudier l'adaptation des statuts de la société aux dispositions de la loi française. Ces principes sont d'ailleurs les seuls qui, à notre avis, puissent être posés avec certitude.

126. — On a soutenu parfois qu'il fallait distinguer entre les règles qui intéressent le fonctionnement extérieur de la société et qui, par conséquent intéressent les tiers et celles relatives à l'administration intérieure de la société. La société étrangère n'aurait à se mettre d'accord avec la législation française qu'en ce qui concerne les premières de ces règles.

En faveur de cette limitation de l'adaptation de la société à la loi française, on invoque que toutes les dispositions relatives aux attributions respectives des différents rouages de la société n'intéressent pas les tiers et que, dans ces conditions il n'y a aucun inconvénient à permettre à la société de conserver sur ce point les prescriptions de la loi du pays dans lequel elle avait originairement son siège social. Les associés qui sont les seuls intéressés connaissent bien ces règles auxquelles leur société est soumise depuis longtemps et ils risqueraient de se trouver déroutés par l'application de dispositions nouvelles qui leur seraient inconnues (1).

Une telle solution est trop systématique puor être absolument exacte. Il ne faut pas en effet dispenser en bloc la société de se mettre en harmonie avec la loi française pour toutes les matières

125. — (2) M. Perroud est partisan d'opérer une sélection fondée sur le caractère permanent ou éphémère de la disposition. Il faudra distinguer les prescriptions dont l'utilité reste constante de celles qui n'ont qu'un intérêt momentané lors de la constitution (Clunet 1926, p. 121).

126. — (1) Voir en ce sens : DEMASSIEUX, thèse, Lille 1928, *Le changement de nationalité des sociétés de commerce.*

touchant aux attributions de ses organes. Les tiers sont souvent intéressés par des dispositions qui, de prime abord paraissent ne concerner que l'administration intérieure de la société. Ils ont intérêt lorsqu'ils contractent avec une société à connaître le fonctionnement de ses différents rouages. Leur intérêt doit primer celui des associés, même si ces derniers risquent de subir de ce fait certains désagréments ; en effet les associés ont voté le changement du siège social de la société, ils doivent donc avoir prévu les conséquences de leur vote et s'être familiarisés avec la législation sous l'empire de laquelle leur société va se retrouver du fait du changement de siège social.

Le rejet de la distinction des dispositions touchant la gestion interne de la société et de celles relatives à sa vie externe, ne saurait entraîner une condamnation sans appel du critère fondé sur une telle distinction. Il signifie simplement qu'il faut se garder de trop systématiser et qu'il est nécessaire de procéder à une analyse plus minutieuse. C'est à une semblable analyse qu'il faut se livrer en recherchant les modifications que doit subir la société étrangère tant en ce qui concerne les dispositions générales communes à toutes les sociétés que les dispositions spéciales relatives à la forme de société considérée. Mais il est nécessaire auparavant de déterminer la loi compétente pour régir le transfert et de préciser le rôle respectif de la loi du siège social ancien et de la loi du siège social nouveau, car c'est seulement lorsque le domaine d'application de ces deux lois aura été précisé que l'on pourra s'attacher plus particulièrement à rechercher dans quelle mesure la société doit satisfaire aux exigences de la loi du siège social nouveau.

Section I

DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR RÉGIR LE TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL

127. — Lorsqu'une société étrangère, Luxembourgeoise par exemple, transfère son siège social en France, il importe de déterminer si le transfert est soumis à la loi luxembourgeoise, loi du siège social ancien ou à la loi française, loi du siège social nouveau.

A notre avis le conflit ne saurait être résolu de façon péremptoire au profit de l'une ou l'autre de ces deux lois. Pour que le transfert du siège social soit pleinement valable il est nécessaire que la société satisfasse aux conditions posées par l'une et l'autre lois qui ont chacune un rôle à jouer dans le transfert.

Cette solution découle de la nature du transfert de siège social qui est une opération pouvant se décomposer en deux temps. Il y

a en effet dans le transfert du siège social deux choses : d'une part la perte du siège social dans le pays d'origine et, d'autre part l'acquisition du siège social dans le nouveau pays, acquisition qui suppose la mise en accord des statuts avec les dispositions de la loi de ce pays. Bien que ces deux temps soient simultanés et que tout s'effectue en une même assemblée, il ne faut pas perdre de vue cette dualité, car c'est uniquement lorsque ces deux conditions seront satisfaites que le transfert du siège social pourra produire effet.

Le domaine respectif d'application des deux lois est relativement facile à délimiter. Il est certain en effet que c'est à la loi du pays du siège social nouveau de préciser la portée de l'adaptation que la société devra faire subir à ses statuts pour les mettre en conformité avec elles. Mais il importe également de déterminer à quel moment et dans quelles formes cette adaptation doit intervenir. En principe c'est au moment où les associés décident le transfert qu'ils doivent mettre les statuts en harmonie avec la législation du pays sur le territoire duquel le siège est transféré. Or, à ce moment la société est encore sous l'empire de sa loi originaire. C'est donc à cette dernière de fixer les conditions de forme qui régiront l'adaptation des statuts.

Sur la base de la décomposition du transfert du siège social en deux temps il est donc relativement aisé de préciser la compétence respective des deux lois. Toutefois il ne faut pas s'exagérer la portée de la distinction de la perte du siège social ancien et de l'acquisition du siège social nouveau. Elle n'est pas autre chose qu'une vue commode de l'esprit et il est nécessaire de conserver au transfert du siège social son caractère unitaire et de noter le lien étroit qui doit exister entre les deux phases de l'opération. Cette nécessité apparaît lorsque la société n'a pas satisfait aux exigences posées par l'une ou l'autre des deux lois.

1°) *La société qui a satisfait aux exigences posées par la loi du siège social ancien n'a pas mis ses statuts en harmonie avec la loi du siège social nouveau.*

128. — Si les associés ont laissé subsister dans les statuts une clause contraire à la loi du siège social nouveau, au regard de cette dernière le transfert est nul. La société ne peut donc acquérir un siège social dans le nouveau pays. Mais au regard de la loi du pays du siège social ancien, le transfert n'est-il pas valable, puisque toutes les conditions posées par elle ont été remplies et ne doit-on pas considérer que la société a perdu son siège social originaire ?

Cette solution serait extrêmement dangereuse, car on risquerait de créer une société apatride, qui ne pourrait plus vivre, faute de loi régissant son statut juridique. Aussi doit-on décider que la société ne perd son siège social dans son pays d'origine que dans la mesure où elle en acquiert un autre. A défaut de cette acquisition, elle demeure soumise à la loi du siège originaire. Les associés devront donc pour effectuer les modifications des statuts omises lors de la première assemblée extraordinaire se réunir à nouveau et la seconde assemblée verra ses conditions de majorité et de quorum soumises, comme la première à la loi du pays du siège social originaire.

2°) *La société qui a mis ses statuts en harmonie avec la loi du siège social nouveau n'a pas satisfait aux exigences posées par la loi du siège social ancien.*

C'est l'hypothèse inverse. On peut à titre d'exemple envisager le cas d'une société étrangère transférant son siège social en France. Les associés lorsqu'ils ont décidé le transfert de siège social, ont bien mis les statuts de leur société en accord avec la loi française, mais la délibération et le vote ne sont pas intervenus dans les conditions prescrites par la loi étrangère compétente. Le juge français doit-il considérer que le transfert du siège social n'est pas valable, ou au contraire puisque la loi française n'est pas intéressée doit-il conclure à sa validité en dépit de l'inobservation de la loi étrangère ? Il apparaît que le juge doit refuser à la société toute validité conformément à la loi française. S'il en était autrement on risquerait en effet de se trouver en présence d'une société qui serait considérée par le juge étranger comme ayant toujours son siège social dans ce pays et qui serait nulle comme ne correspondant plus aux exigences de la loi étrangère. En France, au contraire cette société serait valable. Il en résulterait un manque de concordance dans les solutions qu'il faut éviter. Nulle à l'étranger, la société doit dans ce cas l'être également en France, car elle n'a pu tomber sous l'empire de la législation française que si elle a *valablement* transféré son siège social dans notre pays.

On voit donc qu'il doit exister un lien étroit entre la perte du siège social ancien et l'acquisition d'un siège social nouveau.

Lorsque ce dernier se trouve en France, il importe de déterminer l'étendue de l'adaptation que la société doit faire subir à son statut juridique pour le mettre en harmonie avec la loi française. Cette adaptation vise d'une part les dispositions générales à toutes les sociétés et, d'autre part les dispositions spéciales à chaque type de société.

Section II

DISPOSITIONS GÉNÉRALES A TOUTES LES SOCIETES

129. — L'étendue de l'adaptation du statut juridique de la société est susceptible de varier selon que l'on envisage les conditions de fond, de forme et de capacité.

En ce qui concerne les conditions de fond que doit remplir la société, il n'y a aucune difficulté. Elle doit évidemment se conformer à toutes les conditions de fond posées par la loi française.

Ces conditions de fond se doublent de certains conditions de forme communes à toutes les formes de société. La loi française exige notamment la rédaction écrite de l'acte de société. Or, il est possible que lors de la constitution à l'étranger les conventions sociales soient résultées d'un accord verbal, ce qui pouvait être parfaitement licite si la loi étrangère était moins stricte que la loi française sur ce point. Est-il nécessaire que la société rédige ses statuts par écrit pour être valable en France ?

Plusieurs arguments militent en faveur de la négative.

La société qui transfère son siège social en France ne procède pas à une nouvelle constitution, parce qu'il n'y a pas création d'une société. C'est la société ancienne qui continue.

D'autre part la rédaction d'un écrit qui est imposée aux sociétés qui se constituent sur notre territoire n'est pas d'après la doctrine dominante une véritable condition de validité, mais est exigée à des fins de preuve. Intrinsèquement le défaut de rédaction d'un écrit n'est pas une cause de nullité absolue.

Mais pratiquement, ces arguments ne sont pas décisifs. En effet, si la rédaction d'un écrit n'apparaît pas en elle-même nécessaire, elle le devient indirectement, car elle constitue un préliminaire indispensable d'une publicité efficace. En effet, si les conventions sociales revêtent une forme verbale il est impossible d'acquérir sur leur contenu des précisions suffisantes pour les porter à la connaissance des tiers. Or, les règles de publicité sont d'ordre public et la société qui ne les observerait pas se verrait frappée d'une nullité absolue pouvant être invoquée par tout intéressé et se trouverait de ce fait dépourvue en France de toute existence légale.

Il est fréquent d'autre part que la société qui a rédigé ses statuts dans son pays d'origine les ait rédigés dans la langue de ce pays. Doit-elle dans ce cas pour être valable en France les traduire en français ? La nécessité d'assurer une publicité efficace conduit à faire une réponse affirmative. En effet les tiers français qui seront

amenés à contracter avec la société ne pourront que difficilement prendre connaissance des statuts si ceux-ci sont demeurés en langue étrangère.

Dans l'obligation de traduire ses statuts la société ne devra pas nécessairement traduire en français sa dénomination. Mais le plus souvent elle le fera car cette traduction lui sera plus utile que nuisible et servira ses intérêts. On peut présumer en effet que la société qui a transféré son siège social dans notre pays désire être assimilée aux sociétés qui se sont constituée en France. Une dénomination française ne pourra que faciliter cette assimilation. Sans être xénophobes, les français préfèreront contracter avec une société dont ils ignoreront l'origine étrangère. La société a donc intérêt à se dépouiller de tout ce qui pourrait trahir son origine.

La traduction de la dénomination de la société est parfois génératrice de difficultés. Il peut se faire en effet que la dénomination traduite littéralement en français coïncide avec celle d'une société française préexistante. Dans ce cas, pour éviter toute confusion aux tiers la société qui vient de transférer en France son siège social devra, conformément aux règles relatives au nom commercial, s'incliner devant la société constituée en France qui jouit quant à l'usage de la raison sociale du privilège d'antériorité et modifier sa dénomination. Si elle veut dans l'avenir ne pas révéler son origine étrangère, elle prendra une nouvelle dénomination. Sinon elle pourra conserver sa raison sociale en la faisant suivre de la mention ancienne société X en reproduisant son ancien nom en langue étrangère.

130. — Une fois toutes ces conditions de fond et de forme remplies, la société sera valable aux yeux de la loi française, à condition que le transfert du siège social ne soit pas clandestin et par conséquent qu'une publicité suffisante vienne en avertir les tiers. Il est en effet indispensable que les tiers qui vont être amenés à traiter avec la société sachent qu'elle a changé de régime et que désormais elle sera soumise aux dispositions de la loi française. Il convient d'ailleurs de remarquer qu'à notre avis le danger couru par les tiers est moins grave que lorsqu'une société étrangère établit une succursale en France. Dans ce dernier cas, les tiers peuvent croire que la société est soumise à la loi française s'il n'y a pas de publicité et ils se verront opposer les prescriptions d'un droit qu'ils ignorent et qui peut être moins protecteur de leurs intérêts. Ici au contraire, les tiers ont peu de chances de se trouver lésés par l'application de la loi française, car notre droit est un des plus protecteurs qui soit de leurs intérêts. Néanmoins il est possible que sur certains points la législation française se montre plus libérale à

l'égard de la société que sa législation d'origine et il est bon que les tiers en soient avertis. D'autre part même si le nouveau statut de la société leur est plus favorable que l'ancien, il est souhaitable qu'ils le connaissent. Des intérêts de compétence commandent également que le transfert du siège social soit connu de tous.

On ne doit pas se contenter de la publicité à laquelle sont soumises les sociétés étrangères qui établissent une succursale en France. En effet, on se trouve en présence d'une société désormais française et qui, ayant le centre de ses intérêts dans notre pays doit y exercer une activité beaucoup plus étendue que celle d'une simple succursale étrangère. L'intensité de cette activité justifie la protection des tiers. En ce qui concerne la publicité, le transfert de siège social doit donc être assimilé à une constitution et l'on doit exiger que les mêmes formalités de publicité soient remplies.

Toutefois cette assimilation ne saurait être totale car le transfert du siège social n'est pas une nouvelle constitution. En conséquence, certaines formalités de publicité apparaissent superflues, car elles n'ont d'utilité que lors de la constitution.

C'est ainsi que pour les sociétés anonymes constituées en France il est nécessaire que la souscription du capital social et le versement du quart des actions soient constatés par acte notarié et c'est cet acte notarié lui-même dont une expédition est déposée au Greffe du Tribunal de Commerce. Pour les sociétés constituées à l'étranger, il semble qu'une déclaration notariée soit utile. En effet l'exigence de cette déclaration pour les sociétés françaises dès l'origine constitue une condition de forme consécutive au vote émis sur le taux des actions et le versement du quart. Or, lorsqu'il s'agit d'une société d'origine étrangère, au moment où ce vote a dû être effectué, la société se trouvait encore sous l'empire de la loi étrangère et par conséquent échappait aux conditions de forme de la loi française.

De même, les mesures de publicité exigées par la loi du 30 janvier 1907 modifiée par le décret-loi du 31 août 1937 et concernant la réglementation de la notice, ne s'appliquent pas aux sociétés qui transfèrent leur siège social en France car elles ne se justifient qu'au moment de la souscription.

Qu'il s'agisse de conditions de fond, de forme ou de publicité, on peut donc noter la nécessité d'opérer une sélection entre les diverses prescriptions législatives pour préciser l'étendue des modifications que la société étrangère doit apporter à son statut. C'est à une ventilation similaire qu'il faut se livrer lorsque l'on envisage les dispositions spéciales à chaque forme de société.

Section III

DISPOSITIONS SPÉCIALES A CHAQUE FORME DE SOCIÉTÉ

131. — La société qui transfère son siège social en France devra nécessairement se conformer aux exigences imposées par la loi française à la catégorie à laquelle elle appartient.

Cependant là encore il importe de préciser l'étendue exacte de l'adaptation qu'elle devra faire subir à son statut et de noter les points sur lequels l'application successive de deux lois dans le temps est génératrice de difficultés.

A — *Les sociétés de personnes*

1°) Sociétés en nom collectif

Parmi les règles relatives aux sociétés en nom collectif édictées par la loi française quelles sont celles avec lesquelles la société doit nécessairement se mettre en accord ? Si elle ne le fait pas, la sanction sera-t-elle uniforme ou, au contraire, sera-t-elle susceptible de varier suivant la gravité de l'infraction aux dispositions de la loi française ?

Parmi les règles qui dans notre droit régissent le fonctionnement des sociétés en nom collectif il en est qui, à notre avis, présentent une importance capitale et sans l'observation desquelles cette forme de société se trouverait complètement dénaturée. Ce sont celles relatives à l'étendue de la responsabilité des associés.

Ces règles sont doubles : elles édictent à la charge des associés en nom une responsabilité *illimitée* et *solidaire*.

Or, il se peut que dans certains pays étrangers, ce caractère de solidarité que doit offrir la responsabilité des associés, soit susceptible de faire l'objet d'une clause contraire. Si une telle société veut transférer son siège social en France sans éliminer cette clause de ses statuts, le transfert de siège social sera-t-il valable et la clause réputée non écrite ou au contraire la société devra-t-elle être considérée comme dépourvue en France de toute validité ?

De prime abord il semble que l'on doive être favorable à la première de ces sanctions qui est la plus bénigne. On peut faire remarquer en effet que, lorsqu'une société constituée en France contient une clause écartant l'obligation de solidarité à la charge des associés en nom, cette clause est simplement réputée non écrite. Il faut dès lors transposer purement et simplement au droit international les solutions du droit interne. Il convient toutefois de remarquer qu'en droit international les conséquences ne seront pas

tout à fait les mêmes. Sans doute l'annulation de la clause sera tout aussi protectrice des intérêts des tiers français qui contracteront avec la société que la nullité, mais les associés eux-mêmes auraient, nous semble-t-il, intérêt à voir la société dépourvue de toute validité et à recommencer une nouvelle délibération en prenant soin cette fois d'éliminer la clause contraire à la loi française. Autrement, en effet, ils risqueraient de vivre dans une fausse quiétude, croyant que leur responsabilité est limitée au montant de leur apport, puis s'apercevront lors d'un procès intenté par un tiers contractant que leur croyance est erronée. Il semble donc, aussi paradoxal que cela puisse paraître, que, dans l'hypothèse qui nous préoccupe, l'intérêt des associés soit conforme à la nullité. Est-ce à dire que le droit français doive nécessairement tenir compte de cet intérêt et doive refuser à la société toute validité ? Cela n'est nullement prouvé. En effet, notre droit positif doit s'attacher avant tout à l'intérêt des nationaux qui contracteront avec la société. S'il considère que l'annulation de la clause est suffisamment protectrice de cet intérêt il n'a pas à s'attacher à d'autres considérations ; il peut en effet tenir le raisonnement suivant : les associés ont décidé eux-mêmes par un vote unanime le transfert du siège social en France. C'est à eux par conséquent qu'incombait la tâche de mettre les statuts en harmonie avec la loi française ; ils ont failli à cette tâche. ils auraient donc mauvaise grâce à se plaindre des désagréments qui peuvent en résulter pour eux.

Un tel raisonement est parfaitement défendable. Il est conforme à la conception nationaliste qui a pris depuis une quinzaine d'années une place prépondérante en droit international privé. Toutefois il ne semble pas qu'en l'occurrence il soit pleinement satisfaisant. En effet, nous pensons que sans sacrifier les intérêts nationaux, il ne faut pas être obnubilé par eux et sacrifier systématiquement les autres. Dans l'hypothèse où la solution qui satisfait les intérêts des associés d'origine étrangère est aussi protectrice que l'autre de ceux des nationaux, elle doit être adoptée, car elle a l'avantage de concilier au mieux les divers intérêts en présence.

132. — D'autre part, dans la constitution des sociétés en nom collectif et des commandites la loi française exige que tous les associés en nom dans le premier cas et tous les commandités dans le second aient la capacité de commerçant, sinon la société serait nulle. Lorsqu'une société en nom ou en commandite transfère en France son siège social, doit-on procéder à une vérification de la capacité de ses membres ? On peut supposer en effet, que le pays originaire de la société était moins stricte que la France en ce qui concerne la capacité de faire le commerce. Si un des membres de la

société qui avait la capacité requise dans le pays originaire ne l'a pas en France quelle sera la sanction ? En principe la capacité doit être appréciée au jour de la constitution.

Or, si l'on admet que le transfert du siège social est possible sans dissolution de la société, on pourrait conclure qu'il n'est pas nécessaire de vérifier à nouveau la capacité des associés puisqu'il n'y a pas constitution d'une société nouvelle. Néanmoins une telle solution serait dangereuse, car elle permettrait à une personne qui n'a pas la capacité de commerçant d'après la loi française de faire partie d'une société en nom collectif, ce qui lui aurait été impossible si cette société s'était constituée en France. D'autre part, il ne semble pas que la société en nom collectif puisse continuer avec un incapable. Il résulte de l'art. 1865 du Code Civil que l'interdiction de l'un des associés dissout de plein droit la société. On donne la même solution en cas de dation d'un conseil juidciaire parce que dans ces diverses hypothèses l'associé se trouvera dans l'impossibilité de faire le commerce. Ici l'on va se trouver dans une situation analogue : un associé va devenir incapable, non pas parce que sa situation s'est modifiée, mais parce que la loi qui régit la société a changé. Il semble donc qu'il faille étendre la solution donnée en droit interne au cas d'incapacité survenue dans le temps, à cette incapacité résultant du déplacement de la société.

Toutefois la question peut être discutée dans le cas où une clause des statuts insérée lors de la constitution à l'étranger aurait stipulé la continuation de la société, malgré l'avènement d'une incapacité absolue. Une telle clause est généralement reconnue valable lorsqu'elle est insérée dans les statuts d'une société lors de sa constitution en France. Ne doit-on pas en admettre également la validité au cas d'incapacité survenue dans l'espace ? Il semble qu'il faille répondre affirmativement.

La société qui transfère son siège social en France devra se mettre également en règle avec les dispositions de la loi française pour tout ce qui est relatif aux pouvoirs des gérants, à la distribution des bénéfices, aux engagements de la société envers les tiers, aux droits des créanciers sociaux, la dissolution et le partage. Dans ces diverses matières il y aura d'ailleurs relativement peu de modifications à apporter aux statuts car, en dehors de la prohibition des clauses léonines, il n'y a presque pas de règles impératives.

D'une façon générale on autorisera les dérogations des statuts qui correspondront à celles permises par la loi française. Si au contraire, la clause relative à l'une ou l'autre de ces matières est contraire à la loi française elle sera réputée non écrite.

La clause d'après laquelle la faillite sociale n'entraînerait pas la faillite personnelle des associés en nom n'a évidemment aucune

valeur mais son existence doit-elle entraîner la nullité de la société ? Les arguments sont les mêmes que pour la responsabilité solidaire des associés en nom.

2°) Sociétés en commandite

133. — Le régime français des sociétés en commandite est fondé sur la séparation très stricte des commandités et des commanditaires. Le commanditaire, à raison de sa responsabilité limitée ne doit pas s'immiscer dans la gestion des affaires sociales. L'article 27 du Code du commerce déclare qu'il ne peut accomplir aucun acte de gestion même en vertu d'une procuration. Une clause doit être réputée non écrite si elle autorise le commanditaire à intervenir dans la gestion des affaires sociales. Si en dépit de l'annulation de la clause le commanditaire persiste à faire en France des actes de gestion qui lui sont interdits, la sanction devra être la sanction normale, c'est-à-dire la transformation du commanditaire en commandité avec comme conséquence l'extension de sa responsabilité.

Par contre l'existence dans les statuts d'une clause d'intérêt fixe peut être conservée, car la loi française ne l'annule pas.

B — *Les sociétés anonymes*

134. — Les formalités de constitution d'une société anonyme sont nombreuses et complexes. L'un des principaux avantages de la survie de la société au cas de transfert de siège social est d'éviter les complications de la constitution. Toutefois il ne faut pas croire que la société pourra échapper à l'observation de toutes les exigences du législateur français. Certaines conditions exigées lors de la constitution d'une société anonyme ne présentent qu'un intérêt momentané. La société qui transfère son siège social en France n'aura pas à s'y conformer. Par contre certaines exigences répondent à des intérêts durables. La société sera obligée de s'y plier. La survie de la société ancienne ne mettra donc pas à l'abri de toute formalité, mais tout au moins les allègera-t-elle considérablement (1).

Il nous faut donc opérer dans l'arsenal de formalités de constitution des sociétés anonymes une sélection fondée sur leur importance respective dans la vie de la société.

Une première exigence à laquelle la société doit se soumettre est relative au minimum légal prévu par la loi française pour la

134. — (1) Le problème de l'adaption des statuts de la société présente d'ailleurs des analogies certaines avec celui qui se pose lorsqu'une société change de forme en droit interne. Dans ce cas en effet, la société doit mettre ses statuts en conformité avec les prescriptions législatives relatives aux sociétés dont elle prend la forme.

valeur des actions. Si la valeur des actions de la société étrangère qui transfère son siège social en France est inférieure à ce minimum les dirigeants devront en relever le taux. S'ils ne le faisaient pas, leur société devrait être considérée comme nulle. L'opération par laquelle ils vont relever le taux des actions constitue une augmentation du capital social qui s'effectue suivant des modalités particulières mais qui aboutit au même résultat que si l'on augmentait le nombre des actions en ce sens que le montant nominal du capital social va se trouver augmenté. Cette augmentation du capital social, les actionnaires devront y procedér lorsqu'ils décident de transférer le siège social en France. Par conséquent l'opération est soumise aux conditions de la loi du pays étranger. Ce sont également les dispositions de la loi étrangère qui devront régir l'augmentation de capital, alors même que les actionnaires auraient omis d'y procéder lorsqu'ils ont décidé le transfert du siège social en France. En effet, tant que cette formalité n'a pas été remplie la société n'a pu opérer valablement le transfert de son siège social dans notre pays et, par conséquent la loi française ne lui est pas applicable.

La société doit également se soumettre inévitablement à une seconde condition, à savoir la souscription intégrale de son capital social. Toute infraction à cette règle serait sanctionnée par la nullité de la société. Ceci se comprend parfaitement, car la protection des tiers l'exige. En effet, le capital constitue le seul gage des créanciers sociaux puisque la responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leur apport.

135. — Pour être valable en France la société devra avoir ses actions libérées du quart. Si la loi étrangère ne posait pas de règles spéciales relativement à la libération des actions en numéraire, ce qui d'ailleurs est peu probable, ou si, tout en posant une certaine réglementation, exigeait le versement immédiat d'une quotité inférieure à celle exigée en France, la société devrait sur ce point se mettre d'accord avec la loi française et ceci à peine de nullité. D'autre part la loi du 4 mars 1943 exige que les trois quarts restant soient libérés dans un délai de cinq ans à compter du jour de la loi pour les société anciennes, du jour de la constitution pour les sociétés nouvelles. Les conséquences de cette loi ne se font pas encore sentir. En effet, le délai de cinq ans n'arrivera à expiration pour les société anciennes que le 4 mars 1948. Néanmoins on peut se demander si, à partir de cette époque, une société constituée depuis plus de cinq ans et désirant transférer son siège social en France devra posséder des actions entièrement libérées. Est-ce qu'au contraire le délai de cinq ans ne commencera à courir que du

jour du transfert du siège social en France, c'est-à-dire du jour où la société est venue se placer sous l'empire de la loi française ? En faveur de cette dernière solution on peut invoquer le principe de la non-rétroactivité de la loi française. Le changement de siège social, envisagé sous l'aspect du conflit de lois apparaît comme un conflit mobile et doit être régi par les principes généraux qui dictent en droit international privé la solution des conflits mobiles : c'est-à-dire l'application immédiate de la loi nouvelle, mais sans aucune rétroactivité. En faveur de la fixation du point de départ du délai de cinq ans au jour de la constitution de la société à l'étranger, on peut faire remarquer que la loi du 4 mars 1943 qui ne prévoit d'ailleurs pas l'hypothèse d'une société constituée à l'étranger fixe comme seul point de départ du délai de cinq ans le jour de la promulgation de la loi pour les sociétés anciennes et le jour de la constitution de la société pour les sociétés nouvelles. D'ailleurs il faut remarquer que la fixation du point de départ du délai ne présente pas une importance capitale car, même si par suite de l'adoption du premier système on pourra demander à une société constituée depuis plus de cinq ans à l'étranger d'avoir ses actions entièrement libérées, l'inobservation par la société de cette prescription ne saurait à notre avis lui retirer toute validité en France. En effet, la sancton doit être la même que celle prévue par la loi du 4 mars 1943 pour les sociétés constituées en France c'est-à-dire non la nullité de la société, mais la prononciation d'une amende à l'encontre des administrateurs ou gérants.

Dans ces conditions, puisque la non libération intégrale des actions n'apparaît pas comme une condition essentielle, il semble qu'il soit préférable afin de faciliter le transfert de siège social de fixer le point de départ du délai de cinq ans au jour de la venue de la société en France.

On peut invoquer à l'appui de cette solution l'argument d'analogie tiré de la similitude entre le problème envisagé et celui posé en matière de prescription. On peut également chercher à justifier la position prise en soulignant le particularisme de la situation créée par le changement du siège social.

En effet, la situation n'est pas la même que lorsqu'une société s'est constituée en France. Dans ce dernier cas la société sait, dès sa constitution, qu'elle ne dispose que d'un délai de cinq ans pour libérer intégralement ses actions. Elle peut donc prendre ses dispositions pour obtenir progressivement cette libération. Au contraire, lorsqu'une société se constitue à l'étranger, ses dirigeants ignorent qu'un jour le siège social sera transféré en France et n'étant limités par aucun délai pour la libération des actions ils ne s'en préoccupent pas. Si un jour les actionnaires décident le

transfert en France du siège social et si l'on décide de faire courir le délai de cinq ans du jour de la constitution les administrateurs vont se trouver privés de tout répit pour mettre leur société en règle avec la loi française. Or, le recouvrement du montant des actions n'est pas une opération qui peut se réaliser instantanément. Si l'on exige la libération intégrale on risquera de retarder le transfert du siège social sur le territoire français et de porter préjudice aux intérêts de la société.

Toutefois, on peut se demander si la libération intégrale des actions qui n'est pas une condition essentielle de la validité des sociétés constituées en France ne devrait pas en être une lorsque la société s'est constituée à l'étranger. En effet, lorsqu'une société se crée en France la majorité des souscripteurs est généralement domiciliée dans notre pays. Il sera donc facile de les retrouver et de leur réclamer le versement du montant de l'action non libérée, surtout depuis que les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur libération intégrale. Au contraire, la société constituée à l'étranger aura beaucoup plus de difficultés, une fois transférée en France à réclamer aux souscripteurs étrangers domiciliés à l'étranger le montant du non versé. Il lui sera en effet très difficile d'atteindre ce souscripteur récalcitrant et même si elle parvient à obtenir un jugement contre lui, elle risque de se heurter à des difficultés d'exécution. Pour ces différentes raisons ne serait-il pas souhaitable dans l'intérêt des tiers français de n'admettre en France que des sociétés dont les actions sont entièrement libérées et dont par conséquent le capital constitue un gage réel pour les contractants français ? L'action directe des tiers français contre les souscripteurs risque de demeurer inefficace. Dans ces conditions on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable d'exiger la libération intégrale des actions dans le pays d'origine avant le transfert de siège social. Cette solution ne semble pas indispensable par suite du palliatif apporté par la pratique au moyen de la procédure de l'exécution en bourse. Si le souscripteur étranger refuse après le transfert de siège social de verser le complément de son action, la société pourra vendre en bourse l'action aux risques et périls du souscripteur indocile.

D'autre part, toujours en ce qui concerne les actions en numéraire, la loi de 1893 exige que les actions demeurent sous la forme nominative jusqu'à leur libération intégrale. L'article 7 de la loi de 1893 déclare que l'insertion d'une clause contraire dans les statuts entraînerait la nullité de la société. Il se peut que la loi d'origine de la société, moins stricte sur ce point que la législation française autorise cette conversion ou sans l'autoriser admette l'insertion d'une telle clause dans les statuts sans la sanctionner

par la nullité de la société. Si lorsque la société transfère son siège social en France les actions sont entièrement libérées, peu importe que dans le passé elles aient été mises au porteur avant leur libération intégrale, la loi française n'a pas à rétroagir. Mais si par contre la société possède des actions non libérées au porteur, elle doit être considérée comme nulle. Elle n'a que deux solutions, ou bien libérer entièrement les actions au porteur par la procédure de l'exécution en bourse, à condition toutefois que cette pratique ne soit pas interdite par la loi originaire de la société, ou bien remettre sous la forme nominative les actions non entièrement libérées, ce qui pourra être parfois d'une application difficile, et ne dispensera pas la société de réclamer ultérieurement le montant du non-versé aux souscripteurs retardataires. Cette nécessité d'avoir des actions nominatives concerne-t-elle seulement les actions non entièrement libérées ? Il ne semble pas que la société qui transfère son siège social en France tombe sous le coup des réformes récentes relatives à la forme des actions. Elle est certainement en dehors du cas visé par la loi du 28 février 1941, complétée par les lois du 6 décembre 1941 et 8 mars 1942, puisqu'il n'y a pas émission. On se trouve en présence d'actions déjà émises. On doit donc tenir compte du fait que c'est la même société qui continue. Par contre il est plus douteux que la société ne tombe pas sous le coup de l'art. 1[er] de la loi du 3 février 1943 qui dispose : « à l'expiration des délais qui seront fixés par des arrêtés du Secrétaire d'Etat à l'Economie Nationale, toutes les actions de sociétés françaises appartenant aux catégories visées dans lesdits arrêtés devront revêtir la forme nominative, à moins d'être placées en dépôt à la caisse centrale des dépôts et virements de titres ». Or, la société devient une société française. En conséquence la loi doit lui être applicable si elle appartient à une catégorie visée par l'arrêté ministériel.

136. — Ces diverses difficultés que soulèvent les actions en numéraire relativement à la loi applicable se doublent d'autres concernant les *actions d'apport*. La loi de 1867 exige en effet qu'elles soient entièrement libérées et qu'elles ne soient pas négociées moins de deux ans après la constitution de la société. Si la société qui transfère son siège social en France possède des actions mixtes ou des actions d'apport partiellement libérées, elle doit être considérée comme nulle à l'égard de la loi française.

En serait-il de même si la société possédait des actions d'apport correspondant à des apports en nature surévalués ? On sait que le législateur français attache une importance capitale à ce que les apports en nature soient rémunérés à leur juste valeur, toute surévaluation risquant de constituer une charge grevant lourdement

la trésorerie de la société. Nous ne pensons pas néanmoins, malgré ce souci du législateur, qu'une société étrangère transférant son siège social en France doive procéder à une nouvelle évaluation de ses apports en nature et de ses avantages particuliers. En effet, une telle solution serait contraire à l'idée à laquelle nous nous sommes ralliés suivant laquelle la société ancienne survivant, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle constitution. D'autre part il ne faut pas déclarer la société nulle sous le seul prétexte que la loi constitutive ne prescrivant pas la même procédure de vérification des apports en nature que la loi française, les formalités prescrites par cette dernière ne se trouvent pas remplies. En effet, bien que différant du système français, le système de vérification des apports en nature adopté par le pays d'origine de la société peut être tout aussi satisfaisant et même supérieur au nôtre qui est loin d'être parfait. Dans ces conditions, il est tout à fait inutile de recommencer une opération qui a déjà été effectuée une fois de façon satisfaisante (1). Toutefois, comme dans d'autres pays le système est inférieur au nôtre, il sera bon que l'assemblée générale affirme solennellement qu'à l'époque où elle a eu lieu, l'évaluation était l'expression de la vérité. Cette affirmation de l'assemblée générale qui engagera la responsabilité de ses membres constituera une présomption de la justesse de l'estimation. Mais cette présomption sera simple et les tiers pourront toujours la renverser en apportant la preuve contraire (2).

Ainsi, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle estimation, on arrivera néanmoins à une formule suffisamment protectrice des intérêts des tiers, car les actionnaires dont la responsabilité se trouvera engagée hésiteront à affirmer délibérément un fait faux.

La question se pose également de savoir quel doit être le nombre des membres de la société. Lorsqu'une société anonyme se constitue en France, l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 exige que le nombre des associés soit au minimum de sept. Cette condition doit-elle être exigée de la société étrangère qui vient s'établir en France ? A notre avis on doit répondre par la négative. En effet, si cette disposition semble procéder d'une raison durable, puisqu'elle est inspirée par la nécessité d'un personnel assez nombreux, l'art. 38 déclare que si ultérieurement à la constitution de la société, le nombre des actionnaires tombe au dessous de ce chiffre, la société

136. — (1) Les systèmes Anglais et Allemand de vérification des apports en nature dans lesquels on confie aux chartered accountantes et aux revisoren le soin de vérifier les apports est bien supérieur au système français, car ces personnes ont une indépendance plus grande que nos commissaires aux apports.

136. — (2) Cf. en ce sens Demassieux *op. cit.*

pourra continuer son fonctionnement. Le nombre 7 n'est donc exigé à peine de nullité, qu'au moment de la constitution de la société ; la réduction ultérieure du nombre des actionnaires n'est qu'un motif permettant à un associé de demander la dissolution de la société. Ce sont ces règles qui doivent être appliquées à la société étrangère transférant son siège social en France : même si le nombre des associés au moment du transfert du siège est inférieur à 7, la société sera néanmoins valable aux yeux de la loi française, sous réserve du droit dont dispose chaque associé de réclamer la dissolution.

Enfin, la société étrangère doit remplir une dernière formalité qui est indispensable : elle doit nommer les administrateurs et les commissaires aux comptes, si elle n'en possède pas ou si leur nombre est inférieur au minimum prévu par la loi française. Cette nomination est effectuée à peine de nullité. En effet, les administrateurs sont nécessaires à la direction de la société ; quant aux commissaires aux comptes, ils constituent une institution d'ordre public dont la présence constitue une garantie de la bonne gestion des administrateurs. Bien entendu, la société doit se conformer à toutes les prescriptions de la loi française relativement à la responsabilité des administrateurs et des commissaires aux comptes.

C — *Les sociétés à responsabilité limitée*

137. — Le transfert du siège social d'une société à responsabilité limitée étrangère en France est assez fréquent, car de toutes les formes de société c'est la forme à responsabilité limitée qui remporte le plus grand succès dans les différents pays étrangers et notamment dans les pays Anglo-Saxons et en Allemagne.

Indépendamment des conditions communes à tous les types de sociétés, conditions que devra remplir la société à responsabilité limitée qui vient s'établir en France, certaines exigences ont été formulées par la loi du 7 mars 1925.

C'est ainsi que le capital des sociétés à responsabilité limitée ne peut être inférieur à 50.000 francs. Ce minimum est d'ordre public, car il a pour but d'assurer aux tiers traitant avec la société un gage assez substantiel pour assurer à la société un certain crédit. Dans ces conditions la société à responsabilité dont le capital sera inférieur à cette somme devra nécessairement, lors du transfert de son siège social en France porter son capital à 50.000 francs au minimum, et ceci à peine de nullité. L'augmentation de capital se fera dans les formes prévues par la loi étrangère puisque la société doit y procéder avant le transfert du siège social.

La nécessité de donner aux créanciers de la société un gage effectif a conduit la loi de 1925 à exiger des sociétés à responsabilité limitée constituées en France la libération intégrale des parts sociales dès le jour de la constitution. Cette règle doit s'appliquer aux sociétés étrangères désirant transférer leur siège social en France ; elles ne seront valables dans notre pays que si leurs parts sociales sont entièrement libérées. Si la société possède des parts sociales rémunérant des apports en nature, on devra exiger des associés une déclaration dans laquelle ils certifieront que l'estimation faite lors de la constitution de la société était l'expression de la vérité. Cette déclaration apparaît nécessaire pour permettre la mise en œuvre éventuelle de leur responsabilité.

La responsabilité des associés au cas de surévaluation des apports en nature peut d'ailleurs soulever des difficultés relatives à la loi applicable : en effet, d'après la loi française, les responsables de la surévaluation des apports en nature sont les premiers associés et leur responsabilité subsiste pendant dix ans à partir de la constitution de la société, même s'ils vendent leur part.

Deux difficultés peuvent se présenter :

La première est relative au point de départ du délai de dix ans. Ce délai doit-il courir du jour de la constitution de la société à l'étranger, de telle sorte que si la société transférait son siège social en France plus de dix ans après sa constitution, les premiers associés seraient à l'abri de toute action en responsabilité intentée en application de la loi française, ou au contraire doit-on faire courir ce délai de dix ans du jour du transfert du siège social en France ? La protection des associés semble commander de prendre le jour de la constitution comme point de départ du délai.

La seconde difficulté se pose dans l'hypothèse où un des premiers associés a quitté la société en vendant sa part avant le changement de siège social. Si ultérieurement la société transfère son siège social en France, peut-on appliquer à cet ancien associé la responsabilité prévue par la loi française ? Une telle solution semble difficilement applicable. En effet, cet associé n'a fait partie de la société que sous l'empire de la loi étrangère. Il n'a pas pris part au vote par lequel a été décidé le transfert du siège social, et il semble impossible dans ces conditons de lui opposer le changement de statut de la société et de créer à sa charge une responsabilité qui n'existait pas à l'époque où il était associé.

Les autres associés deviendront donc à l'égard des tiers solidairement responsables de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.

Dans le cas où la société comporterait plus de vingt membres et ne serait pas pourvue d'un conseil de surveillance, elle devra nécessairement en constituer un.

Ces divers exemples montrent que dans l'adaptation du statut juridique de la société aux dispositions de la loi nouvelle, on doit tenir compte du fait que c'est la même société qui continue.

En dehors de l'hypothèse du changement de siège social, la permanence de la loi de la société permet d'assurer la continuité de son statut juridique. Cette continuité doit se doubler d'une unité également nécessaire qui commande de conférer à la loi de la société le domaine le plus étendu dans l'espace. C'est cette nécessité que fait apparaître l'étude du domaine de la loi de la société.

TROISIÈME PARTIE

Le domaine de la loi de la société

TROISIÈME PARTIE

Le domaine de la loi de la société

138. — La nécessité d'assurer la permanence et l'unité du statut juridique de la société conduit à conférer à la loi du siège social un domaine d'application extraterritorial. Mais ce principe d'extraterritorialité ne saurait avoir une portée absolue.

En effet, il doit nécessairement trouver une limitation dans l'intérêt de l'Etat sur le territoire duquel la société effectue ses opérations, intérêt dicté par le souci de protéger à la fois son économie et les nationaux qui font partie de la société ou qui traitent avec elle. Cet intérêt conduit le plus souvent l'Etat à chercher à substituer à la loi de la société sa propre loi. Le conflit naît alors entre la loi de la société et la loi locale. Il est d'ailleurs susceptible de revêtir deux aspects différents.

Il se peut tout d'abord que le principe de la compétence normale de la loi de la société se trouve ébranlé, parce que l'activité de la société met en jeu des règles de conflit différentes de celles du droit des sociétés. C'est le cas notamment en matière de responsabilité des organes sociaux, de faillite, de partage. Les principes généraux de solution de conflit de lois consacrés en matière de responsabilité, de faillite, de partage peuvent conduire à dresser en face de la loi de la société une loi normalement compétente à un titre différent : *lex loci delicti, lex rei sitæ, lex fori,* loi d'autonomie. Il faut alors résoudre le conflit qui oppose ces deux lois, toutes deux normalement compétentes en vertu de principes différents.

Il se peut également que la compétence normale de la loi de la société ne soit pas discutée, mais que le défaut de communauté juridique existant entre la loi de la société et la loi locale présente une intensité telle que l'application de la première aboutisse à des conséquences que le législateur local juge inadmissibles. Il y aura

lieu là encore d'écarter la compétence de la loi de la société, mais à titre exceptionnel et en vertu de l'ordre public, et de revenir à la compétence de la *lex fori*.

Dans l'un comme dans l'autre cas, la compétence d'une loi différente de la loi du siège social devra être limitée aux hypothèses dans lesquelles elle s'impose de façon péremptoire.

En effet, les besoins du commerce international et la nécessité de faciliter le fonctionnement de la société commandent d'assurer l'unité de son statut juridique et de conférer à la loi de la société le domaine le plus étendu possible (1).

C'est cette préoccupation qui dominera l'étude des différents conflits de lois que font naître les diverses péripéties de la vie sociale, conflits dont l'examen sera réparti en cinq titres consacrés respectivement à la constitution de la société, à la circulation des titres émis par elle, à son fonctionnement, à la faillite de la société et enfin à la dissolution, la liquidation et le partage.

---

138. — (1) Il est évident que le domaine de la loi du siège social est limité à l'hypothèse dans laquelle on se trouve en présence d'une société. En conséquence elle ne saurait être compétente pour déterminer si le groupement envisagé est une société ou une indivision. Ce problème constitue une qualification de droit international privé puisqu'elle est préalable à la détermination de la compétence législative. La qualification doit donc être donnée par la Lex Fori.

TITRE I

Les conflits de lois relatifs à la constitution des sociétés

139. — Dans les sociétés de personnes, la constitution est relativement simple. Le contrat se forme entre personnes qui se connaissent et qui discutent librement les conditions des statuts. Aussi, la compétence de la loi du siège social ne rencontre guère d'obstacles et elle ne peut guère être discutée si ce n'est au cas d'apport par l'un des associés d'un immeuble situé à l'étranger.

Dans les sociétés de capitaux, au contraire, la situation est toute différente. La rédaction des statuts est l'œuvre d'un petit groupe de personnes : les fondateurs et les souscripteurs ne font qu'adhérer à des règles préalables. Il faut dès lors prendre des précautions pour que le souscripteur ne soit pas lésé par l'application de la loi étrangère. De même, il faut veiller à ce que les souscripteurs en numéraire et les créanciers sociaux ne souffrent pas d'une surévaluation des apports en nature que faciliterait un libéralisme trop grand de la loi de la société.

Dans ces différentes hypothèses, la protection des souscripteurs et des créanciers nationaux semble militer en faveur d'un retour à la compétence de la loi française. Mais ces nécessités de protection sont-elles suffisantes pour justifier l'abandon de la compétence de la loi de la société ? La solution ne réside-t-elle pas plutôt dans un moyen préventif : la publicité, dont l'absence se fait malheureusement sentir ?

C'est de ces considérations qu'il faudra tenir compte dans la recherche de la solution des conflits de lois relatifs à l'émission des titres, aux apports en nature et à la publicité des sociétés (1).

139. — (1) Certaines questions sont communes aux différentes règles de constitution, c'est le cas notamment de la sanction des règles de constitution, sanction qui est double puisqu'elle peut consister dans la nullité de la société et la responsabilité des fondateurs. La nullité sera étudiée à propos de la publicité et la responsabilité des fondateurs sera intégrée dans la théorie générale de la responsabilité des organes sociaux.

CHAPITRE I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A L'ÉMISSION DES TITRES

140. — L'émission des actions et obligations peut se dérouler uniquement sur le plan interne et ne soulever par conséquent aucun problème de conflit de lois. Il en sera ainsi toutes les fois que la société émettra tous ses titres dans le pays sur le territoire duquel elle a son siège social et lorsque tous les titres seront souscrits par les nationaux de ce pays. Dans cette hypothèse, une seule loi apparaît applicable : celle de la société qui est en même temps la loi du lieu d'émission et la loi nationale des souscripteurs.

Mais, fréquemment, le conflit de lois naîtra dès l'émission, car l'hypothèse que nous envisagions d'une émission de titres se déroulant entièrement sur le plan national tend de plus en plus à devenir l'exception, tout au moins dans les grandes sociétés. Le plus souvent, en effet, les entreprises importantes dont l'activité est appelée à déborder le cadre des frontières d'un pays déterminé offriront leurs titres dès leur constitution dans les divers Etats sur le territoire desquels elles envisagent d'effectuer des opérations afin de s'y ménager des attaches financières qui seront le prélude des attaches économiques qu'elles comptent y établir. D'autre part, abstraction faite de toute velléité d'extension, tout au moins dans l'immédiat, en dehors des frontières du pays sur le territoire duquel elle se constitue, une société peut être amenée, sous la pression des circonstances, à offrir ses titres sur des marchés étrangers. Il se peut en effet que, dans le pays du siège social, l'afflux des souscripteurs soit des plus restreints et soit impuissant à assurer la souscription intégrale du capital social. Force est alors à la société de rechercher dans une épargne étrangère plus riche ou plus audacieuse les capitaux que l'épargne nationale ne peut ou ne veut lui fournir.

L'émission de titres soulève donc par elle-même un certain nombre de conflits de lois, conflits présentant leur originalité propre, réclamant des solutions particulières qu'il convient de rechercher.

Les difficultés afférentes à la détermination de la compétence législative en cette matière proviennent de la complexité du contrat d'émission, complexité qui apparaît à un double point de vue.

D'une part, si on la conçoit *lato sensu*, l'émission est moins un contrat unique qu'une succession d'opérations juridiques qui peuvent être individualisées, mais qui néanmoins sont si étroitement liées qu'il est difficile de consacrer pour chacune d'entre elles des solutions différentes.

D'autre part, l'émission donne naissance à de multiples rapports juridiques, car elle suppose la participation de plusieurs sujets de droit.

Les deux choses sont d'ailleurs liées, car c'est la pluralité des contrats interdépendants composant l'émission qui engendre la multiplicité des relations juridiques.

S'il apparaît souhaitable de soumettre à la compétence d'une loi unique l'ensemble de ces rapports, il faut tenir compte du fait que les problèmes de compétence législative sont susceptibles de se poser sous un jour différent suivant le rapport envisagé. Dans ces conditions, il est nécessaire de distinguer les diverses relations qui peuvent naître suivant les hypothèses.

Si l'on envisage l'hypothèse la plus simple d'émission, celle d'une société émettant des titres à l'étranger, abstraction faite des intermédiaires qui peuvent intervenir dans l'émission, il faut déterminer la loi applicable aux rapports de la société émettrice et du souscripteur étranger.

Mais le plus souvent ces relations sont doublées d'autres rapports, car la société confie à une banque locale l'émission de ses titres dans un pays étranger. Il faut alors déterminer la loi applicable aux rapports de la banque avec d'une part les souscripteurs et de l'autre la société.

Bien que l'émission des obligations ne rentre pas dans le cadre de la constitution de la société, les analogies qu'elle présente avec l'émission des actions justifient que dans les développements qui vont suivre les deux études soient menées de pair. Nous nous attacherons à mettre en lumière les particularités de l'émission des obligations toutes les fois qu'elle en révèlera.

Section I

LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ ÉMETTRICE ET DES SOUSCRIPTEURS

141. — La détermination de la loi applicable au contrat de souscription ne soulève pas de difficultés lorsqu'il s'agit de la souscription d'actions. En effet, dans cette hypothèse le contrat de souscription se confond avec le contrat de société. Il doit être en conséquence soumis à la loi de la société.

Lorsqu'au contraire on se trouve en présence d'une émission d'obligations, la détermination de la compétence législative est plus délicate. Le contrat de souscription d'obligations peut en effet s'analyser en un contrat de prêt qui doit, en tant que tel, être soumis à la loi d'autonomie.

Toutefois, les auteurs distinguent généralement les lois impératives des lois facultatives (1). Il est évident en effet que la société, à peine de nullité dans son propre pays, devra observer les prescriptions impératives fixées par sa loi relativement à l'émission. Dans la mesure où la loi de la société ne fixe pas de dispositions impératives, il faut reconnaître aux parties une certaine autonomie dans le choix de la loi applicable, tout au moins lorsqu'il s'agit de la souscription d'obligations.

Mais pratiquement c'est au cas de silence des parties que le problème de la détermination de la loi applicable se posera avec le plus d'acuité, car il faudra découvrir une loi supplétive. Cette loi doit être à notre avis la loi de la société à raison du particularisme du contrat de souscription.

En effet, le contrat de souscription d'obligations, comme d'ailleurs celui de souscription d'actions, est un contrat d'adhésion. Toute la préparation de l'offre a été faite unilatéralement par la société et elle est dictée aux obligataires qui n'ont qu'une double alternative : accepter ou refuser. La pollicitation étant l'élément déterminant du contrat, il est normal d'admettre, au moins à titre supplétif, la compétence de la loi du domicile de l'offrant qui est en l'occurence la loi de la société. Elle est d'ailleurs souhaitable, car elle permet d'assurer l'unité de législation entre les différents souscripteurs d'obligations émises sur des marchés différents.

On peut donc conclure que le contrat de souscription d'actions est soumis à la loi de la société, tandis qu'en matière d'obligations la solution doit être plus nuancée, les parties ayant la possibilité de choisir la loi applicable, sauf pour les matières impératives, mais la compétence supplétive devant appartenir à la loi de la société.

Dans ces conditions, on voit qu'abstraction faite de l'hypothèse dans laquelle les parties auront usé de la latitude qui leur est laissée dans le contrat de souscription d'obligations de choisir la loi applicable, la compétence appartient de façon générale à la loi de la société. C'est pourquoi nous emploierons fréquemment l'expression de loi de la société pour loi du contrat de souscription.

Toutefois, il serait vain de s'exagérer la portée de ce principe. Il ne saurait signifier que la loi de la société est toujours compétente

141. — (1) V. en ce sens : PILLET, *Principes*, t. II, n° 776, p. 878; LAGARDE, *op. cit.* n° 74, p. 99 et s.

pour régir toutes les formalités de la souscription. En effet, lorsque l'émission a lieu hors du pays du siège social, des conflits peuvent surgir entre la loi de la société et la loi du pays du lieu d'émission, cette dernière revendiquant une compétence exceptionnelle ayant sa source dans l'ordre public. C'est ce choc entre la loi de la société et la loi locale (*lex loci contractus* ou *lex fori*) qui domine la matière, que l'on envisage les conditions ou les effets du contrat de souscription.

A — *Conflits de lois relatifs aux conditions de la souscription*

142. — La jurisprudence n'a eu que rarement l'occasion d'écarter en cette matière la compétence de la loi de la société.

Pour toutes les questions relatives à la quotité libérable et au taux minimum des actions, elle a décidé que les sociétés étrangères n'avaient pas à se conformer aux prescriptions des lois du 24 juillet 1867 et du 1er août 1893.

C'est surtout à propos de la libération du quart des actions que le problème s'est posé. Des titres étrangers non libérés du quart pouvaient-ils valablement être émis en France et y faire l'objet de transactions ? Les juridictions françaises n'ont pas hésité à répondre par l'affirmative en déclarant que les sociétés étrangères étaient soumises sur ce point aux dispositions de leur propre loi (1).

Cependant la compétence de la loi de la société n'est exclusive que dans la mesure où la société émettrice ne sollicite pas l'admission à la cote en Bourse de ses titres. En effet, cette admission est subordonnée au fait que les titres cotés en Bourse remplissent les conditions exigées par la loi française relativement au taux minimum des actions et à la quotité lors de l'émission (2).

On assiste alors, comme le fait remarquer très justement M. Lagarde, à une extension de la compétence de la loi française par voie conventionnelle. La Chambre Syndicale des agents de change accorde à la société étrangère l'admission de ses titres en Bourse, mais exige en contre-partie qu'elle observe relativement au taux minimum des actions et à la quotité libérée les prescriptions de la loi française (3).

142. — (1) Cass. Civ. 16 juin 1885 (D. 1886.1.53) ; Paris 7 mai 1870 sous Cas. req. 14 février 1872 (S. 1872.1.321) ; Lyon 7 janvier 1881 (Clunet 1881, p. 161) ; Paris 4 août 1893 (Clunet 1893, p. 226).

142. — (2) Cf. THALLER et PERCEROU, *Traité*, 8e éd., t. I, n° 779, p. 526. Le ministre des Finances peut s'opposer à l'admission des titres des sociétés étrangères à la cote. (D. 6 février 1880 et 1er déc. 1893).

142. — (3) LAGARDE, *op. cit.* n° 89, p. 119.

L'ensemble des sociétés étrangères émettant des titres sur le marché français, demeurent également soumises à la compétence de leur loi en ce qui concerne la forme des titres émis. Elles peuvent donc, si leur loi les y autorise, émettre en France des titres au porteur. Ce droit constitue depuis la loi du 28 février 1941 un privilège qui leur est réservé, tout au moins en ce qui concerne les actions et les parts de fondateurs, puisque les sociétés françaises ne peuvent plus désormais émettre ces derniers titres que sous la forme nominative (4).

La place faite à la loi étrangère par le système français de solution de conflit de lois est si grande que les tribunaux français n'hésitent pas en se fondant sur la compétence de la loi de la société à reconnaître la validité d'une vente de promesses d'actions d'une société étrangère (5). Ils considèrent en effet, que sous l'empire de la loi de la société ces actions existaient valablement sous condition suspensive (6).

Il peut paraître dangereux de voir nos tribunaux admettre aussi largement la compétence étrangère dans des matières qui intéressent au plus haut point l'épargne nationale et qui ressortissent au crédit public (7).

En réalité la solution adoptée par la jurisprudence française s'explique par la nécessité dans laquelle elle s'est trouvée de subordonner la protection des souscripteurs à l'unité de législation régissant les titres émis sur les différents marchés.

L'expérience a d'ailleurs montré que les souscripteurs étaient rarement lésés par l'application de la loi étrangère de la société du fait qu'ils en connaissaient les dispositions. L'établissement émetteur étranger est, en effet, soumis aux règles de publicité de la loi française.

L'étude de la publicité de l'émission en elle-même envisagée sous l'angle du conflit de lois ne présente pas d'intérêt car la loi

142. — (4) La faveur ainsi accordée ne joue d'ailleurs que pour l'émission des actions. En effet, la situation préférentielle qui leur est faite disparaît lorsqu'on envisage la circulation des titres, les lois du 28 février 1941, du 14 février 1942 et du 2 février 1943 étant applicables aux sociétés étrangères comme aux sociétés françaises dans la mesure où leurs dispositions sont relatives à la transmission des titres.

142. — (5) Trib. comm. Seine 28 mai 1896 (Clunet 1896, p. 875).

142. — (6) Trib. comm. Seine (Clunet 1899, p. 575) ; Trib. Civ. Seine 13 février 1895 (Clunet 1896, p. 1062).

142. — (7) Il est un principe qui touche aussi de très près à la protection de l'épargne française c'est celui de la réalité du capital social. On peut dès lors se demander si l'on ne devrait pas exiger des sociétés étrangères effectuant des opérations en France, un capital intégralement souscrit. Pratiquement la détermination de la loi applicable en cette matière ne soulève pas de difficultés, presque toutes les législations étrangères posant un principe analogue, principe dont l'affirmation est nécessaire du fait que le capital souscrit est le seul gage des créanciers.

du 30 janvier 1907 et le décret-loi du 30 octobre 1935 ont édicté des dispositions spéciales visant les sociétés étrangères. Aucun doute n'est donc possible quant à la loi compétente : c'est la loi française qui revêt ici le caractère d'une loi de police. Mais il importe de noter l'incidence qu'exerce la publicité sur la solution des conflits de lois relatifs aux conditions de l'émission. C'est parce que les souscripteurs peuvent prendre connaissance des conditions de l'émission sous l'empire de la loi étrangère qu'ils ne sont pas lésés par l'application des dispositions de cette dernière et que l'on peut parvenir à concilier les nécessités de leur protection avec l'égalité de traitement qu'il faut assurer à tous les porteurs de titres d'une même société quel que soit le lieu de leur émission.

Mais le rôle de la publicité ne s'arrête pas là. En permettant de renseigner également le souscripteur sur l'étendue des droits et des obligations qui découleront pour lui de la souscription, elle facilite l'atténuation de l'opposition qui existe entre les porteurs et la société relativement à la loi applicable aux effets du contrat de souscription.

B — *Conflits de lois relatifs aux effets du contrat de souscription*

143. — Le contrat de souscription, à raison de son caractère synallagmatique fait naître à la charge de la société et du souscripteur des droits et des obligations réciproques. Un de ses traits particuliers réside dans l'étendue de ses effets dans le temps. Pendant toute la vie de la société les rapports de cette dernière et du porteur demeure dictés par l'engagement qui les lie et qui a sa source dans le contrat de souscription.

C'est donc la souscription qui confère au porteur la qualité d'actionnaire ou d'obligataire suivant la nature du titre souscrit, avec tous les droits et toutes les obligations qui en découlent.

Certains des droits de l'actionnaire, comme par exemple ses droits fondamentaux (droit d'assister aux assemblées générales, droit de vote, droit de toucher des dividendes, droit de ne pas voir ses engagements accrus) jouent dans le cadre du fonctionnement de la société. C'est donc à propos de l'étude des conflits de lois relatifs au fonctionnement des sociétés qu'il conviendra de résoudre les difficultés que soulève à leur sujet la détermination de la loi applicable. Il suffit de renvoyer le lecteur aux développements ultérieurs qui leur seront consacrés.

Il est par contre certaines obligations incombant aux souscripteurs qui apparaissent plus étroitement liées au contrat de souscription, car elles sont destinées à en assurer l'exécution. C'est le cas notamment de l'obligation aux versements.

Lors de la constitution de la société, le souscripteur n'est tenu en vertu des principes du droit français de verser que le quart du montant nominal de l'action. Cette proportion peut même pour les sociétés étrangères émettant des titres non cotés en bourse être inférieure au quart puisque les dispositions de la loi française relatives à la quotité libérée ne leur sont pas applicables.

L'intégralité du montant de l'action n'ayant pas été versée, il convient de rechercher la loi applicable à l'obligation au versement du reliquat qui incombe au souscripteur.

La jurisprudence française se prononce en faveur de la loi de la société (1). On doit en déduire entre autres conséquences que les dispositions de la loi du 4 mars 1943 qui oblige les sociétés françaises à réclamer la libération intégrale des actions dans un délai de cinq ans à compter du jour de la loi pour les sociétés anciennes et du jour de la constitution ou de l'augmentation de capital pour les soiétés nouvelles ne sont pas applicables aux sociétés étrangères.

Ces solutions ne soulèvent guère de difficultés. D'une façon générale la détermination de la loi applicable à l'obligation au versement des souscripteurs présente peu d'intérêt pratique pour ce qui est du principe même de l'obligation. En effet toutes les législations l'admettent. Par contre l'individualité des différents systèmes juridiques nationaux apparaît avec une netteté beaucoup plus grande lorsque l'on envisage la sanction de cette obligation. En effet, tout en admettant le principe de la répression du défaut de versement, les différentes législations peuvent consacrer des solutions différentes quant au nombre des personnes responsables, de celles qui peuvent réclamer le versement et enfin quant à la prescription du droit de la société. A raison de la diversité des solutions envisagées il est intéressant de rechercher la loi applicable à ces différents points.

En ce qui concerne la détermination des personnes responsables, la question se pose pratiquement dans l'hypothèse où l'action a changé de propriétaire avant sa libération totale. Le souscripteur cherchera alors à invoquer la compétence de la loi du lieu d'émission dans le cas où elle ne le rend pas solidairement responsable avec le porteur actuel du paiement du non versé. Le Tribunal de commerce de la Seine qui avait eu à résoudre le problème de compétence législative a décidé, dans un jugement du

143. — (1) Trib. Civ. Seine 15 avril 1891 (Clunet 1891, p. 920). PILLET, *Des personnes morales en droit international privé* (n° 162, p. 241) fait remarquer que l'on ne saurait induire de la compétence de la loi étrangère que le jugement étranger condamnant l'actionnaire qui a refusé d'effectuer le versement du reliquat peut produire effet en France sans exequatur. Il s'agit en effet d'une question d'exécution d'un jugement étranger qui est indépendante de la compétence législative.

11 mai 1887 qu'il appartenait à la loi de la société de déterminer si l'on devait tenir le souscripteur originaire pour solidairement responsable (2).

144. — Le conflit de lois peut naître entre la loi de la société et la loi locale à propos de la détermination des personnes qui peuvent réclamer le versement du reliquat du montant nominal de l'action au souscripteur.

Le droit français accorde aux créanciers sociaux une action directe contre l'actionnaire pour obtenir le paiement du non-versé. Cette action est extrêmement avantageuse pour les créanciers, notamment au cas de faillite de la société. Elle leur permet d'éviter la compensation opposée par l'actionnaire, l'utilisation par lui de l'exception *non adimpleti contractus* et aussi de toutes les exceptions qu'il aurait pû oppposer à la société (1).

A raison de la situation préférentielle qui résulte pour les créanciers sociaux du jeu de l'action directe, il serait très intéressant de permettre au créancier français d'une société étrangère de l'invoquer en application de la loi française (2).

Il semble cependant difficile en cette matière d'admettre la compétence automatique de la loi française, car l'action directe touche à deux contrats, celui qui lie le créancier à la société et le contrat de souscription qui lie l'actionnaire à la société. Or, le second de ces contrats est nécessairement soumis à la loi étrangère de la société, tandis que le premier n'est pas obligatoirement soumis à la loi française. En réalité, pour déterminer la loi applicable à l'action directe des créanciers sociaux, il faut tenir compte de la solution consacrée par la jurisprudence française pour les autres actions directes admises du droit français. En effet, quel que soit le domaine auquel elle s'applique, l'action directe présente toujours le même caractère : elle constitue un procédé de simplification en ce sens qu'elle évite un circuit d'actions et, d'autre part, elle a pour conséquence de conférer à son titulaire un véritable privilège.

On peut dès lors se demander s'il n'est pas possible de déduire de ces caractères communs des actions directes une identité de solution en ce qui concerne la détermination de la loi applicable.

143. — (2) Trib. Comm. Seine 11 mai 1887 (Clunet 1889, p. 670). Il peut être intéressant pour le souscripteur originaire d'invoquer la loi française si le délai de 2 ans auquel cette dernière limite sa responsabilité est expiré.

144. — (1) Cass. Req. 28 mars 1939 (D.H. 1939, p. 356).

144. — (2) L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle la loi étrangère de la société refuse aux créanciers sociaux toute action directe, soit qu'elle ne leur accorde que l'action oblique, soit même qu'elle leur dénie le droit de réclamer aux souscripteurs le montant du non versé.

La jurisprudence relative aux conflits de lois en matière d'action directe est très peu fournie, et les seuls arrêts rendus en la matière concernent l'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur de l'auteur de cet accident. La Cour de Cassation a décidé le 24 février 1936 que l'action directe devait être soumise à la loi du lieu de survenance de l'accident (3).

Bien que cet arrêt rendu en matière de responsabilité délictuelle paraisse fort éloigné de l'action directe des créanciers sociaux, il est possible d'étendre à cette dernière la solution adoptée par la Cour Suprême.

En effet, bien qu'elle se soit retranchée derrière l'ordre public pour motiver plus fortement sa décision, la Cour de Cassation a appliqué la loi du lieu de l'accident, non à titre de *lex fori,* mais en tant que *lex loci delicti.* Par conséquent, dans l'esprit des juges, l'action directe est régie par la loi du droit qu'elle protège et non par celle du contrat dans l'exécution duquel elle intervient.

Si l'on applique cette proposition à l'action directe des créanciers sociaux en exécution du contrat de souscription, on s'aperçoit qu'elle doit être régie par la loi du contrat intervenu entre le créancier et la société, et non par celle du contrat de souscription qui lie la société à l'actionnaire.

Dans ces conditions, rechercher la loi à laquelle l'action directe est soumise revient à déterminer la loi du contrat qui unit le créancier à la société. Or, ce contrat doit suivre les règles traditionnellement admises en matière contractuelle. Le fait que l'un des contractants est un société étrangère n'exerce aucune incidence sur la loi applicable, car elle ne modifie en rien la nature du contrat. Ce dernier est donc soumis à la loi d'autonomie.

On pourra objecter à cette solution que l'action directe ne sera pas nécessairement soumise à la loi française et que la protection des tiers français contractant avec une société étrangère ne sera pas assurée avec suffisamment de rigueur.

Cette objection est très facile à réfuter. En effet, pratiquement la loi du contrat sera le plus souvent la loi française. La convention intervenue entre le contractant français et la société étrangère constate une opération effectuée en France. Dans le silence des parties, la loi française sera donc compétente en tant que loi supplétive, car elle est la loi du lieu de formation du contrat. D'autre part, l'expérience montre que, lorsqu'elles choisissent expressément la loi applicable, les parties se réfèrent presque toujours à la loi du

144. — (3) Cass. Req. 24 février 1936 (D.P. 1936.1.49 note Savatier ; S. 36, 1. 161 avec le rapport du Conseiller Gazeau ; Revue critique de droit international 1936 p. 782) ; V. en ce sens LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis,* p. 438, note I. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats,* n° 469, p. 392; contra : note au D.P. 1930.2.86.

lieu de formation. D'ailleurs, si le contractant français a, d'accord avec la société étrangère, opté pour une loi étrangère qui ne lui accorde pas d'action directe, il est normal qu'il en supporte les conséquences même défavorables puisque telle a été sa volonté. On ne peut le protéger à son corps défendant.

La compétence, en matière d'action directe, de la loi du contrat intervenu entre le tiers et la société se justifie donc sur le plan juridique comme sur le terrain de l'équité. Son application est toutefois susceptible de se heurter à certaines difficultés pratiques, lorsque l'on se trouvera en présence d'un actionnaire domicilié à l'étranger. En effet, l'exercice de l'action directe devant conduire à l'exécution forcée, le jugement français n'aura d'autorité dans le pays du domicile de l'actionnaire que s'il est revêtu de l'exequatur. Au cas de refus d'exequatur de l'autorité étrangère, l'efficacité de l'action directe demeurera illusoire. Toutefois, il ne faut pas s'exagérer l'importance de ce danger. Le refus d'exequatur ne saurait en effet se justifier par l'inexistence de l'action directe dans le pays du domicile du souscripteur, ni par la protection d'un actionnaire qui, en refusant de remplir ses engagements, est incontestablement de mauvaise foi.

145. — D'une façon générale, sur le plan international comme sur le plan national, la voie normale du recours en justice ne constitue pas pour la société un moyen commode pour obtenir l'exécution des engagements du souscripteur. La difficulté d'obtenir à l'étranger l'exequatur du jugement condamnant l'actionnaire, les frais et les lenteurs inhérents à toute action en justice sont autant d'inconvénients que la société cherche à éviter. Aussi la pratique a-t-elle imaginé un procédé plus expéditif, celui de l'exécution en Bourse.

La société insère dans ses statuts une clause en vertu de laquelle elle se réserve le droit de reprendre en Bourse les titres. Elle procède à une publication, puis à l'expiration d'un délai de quinze jours elle annule l'inscription et crée un autre titre qu'elle fait vendre en Bourse. On arrive ainsi à une véritable expulsion de l'actionnaire qui refuse de remplir son engagement.

La loi applicable à l'exécution en Bourse doit être en principe la loi de la société (1). En effet, l'exécution en Bourse résulte d'une

145. — (1) La jurisprudence française est en ce sens. La Cour de Paris dans un arrêt du 4 novembre 1887 (Clunet 1891, p. 560) déclare que l'exécution en Bourse doit être appréciée d'après la loi de l'établissement émetteur. De même un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 28 juillet 1884 (Clunet 1884, p. 403), bien que relatif à une question de compétence juridictionnelle fait valoir à l'appui de la validité de l'exécution en Bourse, qu'elle a été faite en vertu d'une délibération de la société.

clause des statuts et doit être en conséquence comme l'ensemble de ceux-ci soumise à la loi du lieu du siège social ; d'autre part, bien qu'il soit extrêmement difficile de justifier du point de vue juridique l'expulsion de l'associé, on voit généralement dans l'exécution en Bourse une clause de résolution du contrat de souscription (2). Elle doit être, à ce titre, soumise à la loi du contrat, c'est-à-dire à la loi de la société. Il faut d'ailleurs remarquer que dans les rapports des actionnaires français et d'une société étrangère dont la loi n'admet pas l'exécution en Bourse, la compétence de la loi de la société ne sera pas préjudiciable aux associés français, mais à la société étrangère. Nous nous trouvons ici dans une des rares hypothèses dans lesquelles les intérêts des parties relativement à la compétence législative se trouvent inversés, la société étrangère ayant intérêt à réclamer la compétence de la loi française et les porteurs français celle de la loi étrangère.

Pour ces différentes raisons, la compétence de principe de la loi de la société ne saurait être sérieusement contestée. Toutefois, au cas de divergence entre deux systèmes juridiques dont l'un connaît l'exécution en Bourse et dont l'autre l'ignore, la compétence de la loi de la société peut être discutée dans deux hypothèses.

On peut tout d'abord se demander si une société dont la loi n'admet pas l'exécution en Bourse a la possibilité, pour l'émission de ses titres effectuée à l'étranger, d'insérer une clause prévoyant l'exécution en Bourse en stipulant que cette exécution aura lieu à la Bourse du pays étranger qui en connaît l'usage. Une telle combinaison ne semble pas possible. Elle aurait, en effet, pour conséquence de rompre l'égalité qui doit exister entre tous les porteurs quel que soit le pays sur le territoire duquel leur titre a été émis. Les actionnaires détenant des titres émis dans un pays qui ignore l'exécution en Bourse bénéficieraient d'une situation préférentielle par rapport aux autres actionnaires.

Inversement, une société dont la loi admet l'exécution en Bourse peut-elle y procéder dans un pays dont le système juridique ne l'admet pas ? L'application extraterritoriale de la loi de la société doit conduire à répondre par l'affirmative. Toutefois, il faut tenir compte de la pratique de la Bourse du pays sur le territoire duquel on veut faire jouer l'exécution. Si cette pratique ignore l'exécution en Bourse, le droit de la société demeurera purement théorique. Elle devra alors procéder à l'exécution dans son propre pays.

145. — (2) Cf. sur la nature de l'exécution en Bourse : HOUPIN (Journ. Soc. 1931, p. 389) ; D. BASTIAN (S.J. 1944, n° 2.627).

1465. — L'étude des effets du contrat de souscription et, principalement, du droit dont dispose la société de réclamer aux associés le montant du non-versé révèle que la loi de la société, sous réserve de quelques exceptions comme celle admise en matière d'action directe, demeure compétente d'une façon générale. En effet, dans ces différentes matières, la territorialité du droit n'apparaît pas dictée par des considérations assez puissantes pour pouvoir faire échec à la compétence de la loi du siège social.

Le choc entre la loi de la société et la loi territoriale est beaucoup plus rude lorsque l'on envisage la prescription des droits de la société à l'égard des porteurs et les déchéances que ceux-ci peuvent encourir, faute d'avoir réclamé en temps voulu le remboursement de leur titre. Dans l'un et l'autre cas, la détermination de la loi compétente est beaucoup plus délicate par suite de la nature complexe et difficile à préciser de la prescription libératoire et de la déchéance.

Il convient de rechercher tout d'abord la loi applicable à la prescription libératoire, car c'est en fonction de la solution de compétence législative qui aura été dégagée pour elle qu'il sera possible de se prononcer sur la loi compétente en matière de déchéance.

Au sujet de la loi applicable à la prescription libératoire, les systèmes les plus divers ont été proposés. Il est nécessaire d'étudier les principaux d'entre eux, car c'est en fonction de la solution générale admise en la matière qu'il est possible de résoudre le conflit de lois auquel donne naissance la prescription du droit de la société de réclamer aux porteurs le reliquat du montant nominal du titre.

Certains auteurs voyant dans la prescription, soit une peine civile infligée à la société créancière (1), soit une présomption de paiement (2), la soumettent à la *lex loci solutionis*.

Cette solution est manifestement mauvaise. Car les justifications présentées à l'appui de la compétence de la *lex loci solutionis* procèdent d'une analyse inexacte de la prescription.

On ne peut en effet considérer la prescription comme une véritable peine infligée au créancier, car toute peine apparaît nécessairement comme la sanction d'une faute préalable. Or, la société, en ne réclamant pas aux actionnaires le reliquat du montant nominal de l'action, n'a commis aucune faute. Tout au plus pourrait-on faire valoir que son inaction est susceptible de causer un préjudice aux créanciers sociaux. Mais il faut reconnaître que ce serait un moyen curieux de réparer le préjudice subi par ces derniers que

146. — (1) TROPLONG, *De la prescription*, t. I, par. 38, p. 47 et s.

146. — (2) LEHR, *Le la prescription extinctive en droit international privé* (Revue de Droit International et de Législation comparée 1881, p. 516-519).

d'éteindre l'action de la société contre l'actionnaire, car cette extinction a précisément pour effet d'aggraver la situation des créanciers sociaux puisqu'elle fait disparaître le dernier espoir qu'ils pouvaient encore nourrir de voir leur gage s'accroître.

De même, on ne saurait soumettre la prescription libératoire à la *lex loci solutionis* en prétendant qu'elle n'est pas autre chose qu'une présomption de paiement. Si telle était sa nature, elle devrait, en effet, pouvoir être écartée par la simple preuve contraire, ce qui n'est pas le cas.

147. — Plus solide apparaît le système qui bénéficie de la faveur de nombreux auteurs (1) et d'après lequel la prescription libératoire serait toujours nécessairement soumise à la *lex fori*.

Dans cette conception, la compétence de la loi du For repose sur l'idée que la prescription serait en réalité une institution procédurale. En effet, elle affecterait beaucoup moins le droit lui-même que l'action, car, en dépit de la prescription du droit pour la société de réclamer le versement du reliquat, une obligation naturelle aux versements subsiste à la charge de ces derniers, Si, pris d'un zèle intempestif quoique tardif, ils versent le reliquat, leur versement ne revêtira pas le caractère d'une donation.

Toutefois, en dépit de l'exactitude de cette dernière remarque, il est arbitraire d'intégrer la prescription dans la catégorie des institutions de procédure et de la soumettre nécessairement à la *lex fori*. C'est donc à juste raison que certains auteurs se sont élevés contre cette assimilation.

En effet, l'objet des institutions de procédure est de faire valoir les droits et d'ouvrir ou de fermer aux plaideurs l'accès du trinal. On peut donc faire rentrer dans ce cadre toutes les fins de non-recevoir et exceptions qui paralysent la demande en justice en affectant sa recevabilité.

Or, ce n'est pas cette conséquence que produit la prescription libératoire. Cette dernière sera opposée au cours du procès, c'est-à-dire lors de l'examen du fond du droit. Elle empêchera donc le triomphe de la prétention de la société demanderesse, comme le ferait l'exception de paiement. D'autre part, l'argument tiré de la

147. — (1) BARDE, *Théorie traditionnelle des statuts*, thèse, Bordeaux 1880, p. 60 et s. ; BROCHER, *Cours de Droit International Privé*, Paris-Genève 1882-85, t. II, p. 414 ; CHRÉTIEN, *De la lettre de change en droit international privé*, thèse, Nancy, 1881, p. 207 ; LABBÉ, note sous Cass. Civ. 13 janvier 1869 (S. 1869. I. 49) ; MARTIN, *Le la prescription libératoire en droit international privé* (Revue de Droit International 1887, p. 277) ; MERCIER, *De la prescription libératoire en droit international privé*, Lausanne 1897 ; de même la jurisprudence Anglo-Américaine soumet l'ensemble de la prescription libératoire à la loi du for.

survivance d'une obligation naturelle ne saurait faire conférer à la prescription le caractère d'une institution de procédure. Il prouve au contraire qu'elle exerce une incidence sur le fond du droit puisqu'elle opère novation d'une obligation civile ou commerciale en obligation naturelle (2).

Il faut d'ailleurs se garder d'hypertrophier le domaine des lois de procédure. En poussant à l'extrême le raisonnement admis par les partisans de la *lex fori*, on pourrait arriver à faire entrer artificiellement dans le cadre de la procédure l'ensemble du droit, puisque les problèmes juridiques se posent presque toujours pratiquement à l'occasion des procès. On arriverait ainsi à la négation du conflit de lois qui serait automatiquement résolu en fonction de la compétence juridictionnelle. D'autre part, dans ce système, le droit de la société dépend, en ce qui concerne la prescription, du choix du tribunal saisi, ce qui est anormal.

Il faut pour la même raison écarter le système qui attribue compétence à la loi du domicile du débiteur pour régir la prescription. En effet, cette conception conduit à des résultats identiques à celle faisant de la *lex fori* la loi applicable, car le tribunal saisi est dans la presque totalité des cas celui du domicile du débiteur. Il y a donc presque toujours concordance entre la *lex fori* et la loi du domicile du débiteur. Admettre leur compétence revient à permettre à l'associé débiteur, en se plaçant, par un changement de domicile, sous l'empire d'une loi édictant une prescription plus courte, de frustrer la société créancière. Par là même, en le faisant bénéficier d'une législation plus favorable, on rompt l'égalité qui doit exister entre tous les porteurs de titres d'une même société (3).

148. — En réalité, la meilleure solution paraît être celle qui attribue compétence à la loi du contrat de souscription, c'est-à-dire à la loi de la société. En effet, la prescription est étroitement liée à la souscription. De même que la loi du contrat fixe les droits et obligations réciproques des parties, elle doit pouvoir déterminer le laps de temps pendant lequel ils pourront être valablement exercés. Cette solution ne saurait avoir pour effet de léser les actionnaires français de sociétés étrangères, car, au moment de la souscription,

147. — (2) MICHEL, *La prescription libératoire en droit international privé*, thèse, Paris 1911, p. 134 ; LAGARDE, *op. cit.* n° 193, p. 250.

147. — (3) Il faut toutefois reconnaître que ce système repose dans une certaine mesure sur une analyse exacte de la prescription. Ses partisans en effet justifient la compétence de la loi du domicile du débiteur en faisant valoir que la prescription libératoire est une institution qui tend à assurer la protection du débiteur. Toutefois, en matière de société, ce caractère n'est que partiellement exact. En effet, dans la mesure où l'actionnaire est obligé de verser après l'expiration du délai de prescription le reliquat du montant de l'action dans les caisses de l'Etat, il est difficile de parler de protection.

ils doivent se renseigner non seulement sur l'étendue de leurs droits et de leurs obligations, mais aussi sur toutes les modalités auxquelles est soumis leur exercice dans le temps. D'autre part, la compétence de la loi du contrat a pour effet bienfaisant, par l'unité de législation qu'elle engendre, de conduire à une égalité rigoureuse de traitement des différents porteurs de titres d'une même société (1).

On peut donc affirmer que la loi du contrat doit être normalement compétente dans la mesure où la prescription tend à assurer la garantie des intérêts privés.

Mais la sauvegarde des intérêts particuliers n'est qu'un des aspects du but que tend à assurer la prescription libératoire. La prescription est aussi un facteur de paix sociale dans la mesure où elle évite de remettre en cause de vieux litiges que le temps doit effacer et où elle concourt à la bonne administration de la justice en évitant l'accumulation des procès par la liquidation automatique des situations trop anciennes.

Aussi est-il permis de se demander si l'intérêt général ne doit pas, au cas de défaut de communauté juridique entre la loi de la société et la *lex fori*, conduire le juge à revenir à la compétence exceptionnelle de cette dernière sur le fondement de l'ordre public.

Les différents systèmes analysés n'accordent à l'exception d'ordre public qu'un rôle minime. Le jeu de l'ordre public ne se conçoit évidemment pas dans la conception qui fait de la *lex fori* la loi normalement compétente. Quant aux systèmes qui fondent la compétence législative sur le lieu du paiement, le domicile du débiteur ou le lieu de formation du contrat, ils n'admettent la possibilité d'écarter la loi étrangère que dans l'hypothèse, au demeurant exceptionnelle, où cette dernière n'admettrait pas le principe de la prescription.

La jurisprudence française se montre également très libérale sur ce point. D'une façon générale, elle n'utilise le correctif de l'ordre public que lorsque l'application de la loi normalement compétente conduit, soit à n'admettre aucune prescription, soit à appliquer une prescription dont le délai dépasse celui de la prescription trentenaire de droit commun admise par la loi française, ou encore lorsqu'elle crée des causes de suspension non prévues par la loi française.

Abstraction faite de ces hypothèses, notre jurisprudence ne fait pas jouer l'ordre public. C'est ainsi qu'elle permet aux parties d'allonger conventionnellement les courtes prescriptions (2). De

148. — (1) En ce sens, MICHEL, *op. cit. p.* 134 ; LAGARDE, *op. cit.* p. 254, n° 197 ; BATIFFOL, *op. cit.*, n° 581, p. 457.

148. — (2) Conseil d'Etat 3 janvier 1881 (Lebon 1881, p. 30).

même, elle reconnaît la validité des clauses ayant pour effet d'écourter la prescription en permettant à la société étrangère de prononcer la déchéance des actionnaires qui n'ont pas libéré intégralement leur titre dans le délai prévu aux statuts (3). Sur ces différents points, les solutions qu'elles consacrent sont extrêmement nettes.

149. — Il n'en est malheureusement pas de même pour ce qui est de la loi normalement applicable à la prescription libératoire. Nos tribunaux n'ont eu que deux fois à se prononcer sur cette question. Ils se sont prononcés en faveur de la compétence de la loi de la société étrangère.

Le Tribunal de Commerce de la Seine, dans un jugement du 17 mars 1896, a déclaré que la prescription prévue par la loi de la société devait s'appliquer dans les rapports de la société et des actionnaires. Encore faut-il remarquer que cette affirmation se retrouve seulement dans les motifs du jugement, le Tribunal de Commerce de la Seine n'ayant pas eu en l'espèce à résoudre directement cette question (1).

La Cour de Paris, dans un arrêt du 29 octobre 1897, a décidé que la prescription de l'appel de fonds lancé par une société étrangère à ses actionnaires était régie par la loi de la société (2).

Depuis cette époque relativement ancienne, la jurisprudence française n'a pas eu à se prononcer sur la question. Dans ces conditions, il serait téméraire de vouloir tirer des deux décisions précitées des conclusions définitives. Il est permis de se demander si nos tribunaux demeureraient fidèles à la solution donnée par eux à la fin du XIX^e^ siècle.

C'est, à notre avis, plus que douteux. En effet, la solution de la compétence législative relative à la prescription du droit de la société étrangère au versement du montant du titre non intégralement libéré est liée à celle donnée relativement à la prescription libératoire sur le plan général. Or, dans plusieurs arrêts récents, la Cour de Cassation a manifesté une tendance très nette à admettre la compétence de la loi du domicile du débiteur (3). Il est normal de prévoir que la prescription des droits de la société subira le

148. — (3) Cass. Req. 14 février 1872 (S. 1872.1.321).

149. — (1) Trib. comm. Seine 17 mars 1896 (Clunet d1897, p. 1043).

149. — (2) Cour de Paris 29 octobre 1897 (Revue soc. 1898, p. 408 ; Ann. Dr. comm. 1899, p. 3).

149. — (3) Cass. Civ. 9 janvier 1934 (D.P. 1934.1.22 ; S. 1934.1.20 ; Clunet 1934, p 672, note Tager ; revue de Droit Intern. 1934, p. 915).
Cass. Civ. 1^er^ juillet 1936 (D.H. 1936, p. 505 ; Clunet 1937, p. 302 ; Revue de Droit Intern. 1937, p. 175).

contre-coup de cette évoluiton. On ne peut que le déplorer tout en souhaitant que les craintes formulées à cet égard demeurent vaines.

Quoi qu'il en soit, l'évolution récente de la jurisprudence ne saurait nous conduire à modifier le système proposé. La loi du contrat de souscription apparaît la plus qualifiée pour régir la prescription de l'obligation aux versements des souscripteurs, de même que la prescription libératoire doit, sur le plan général, être soumise à la loi du contrat.

150. — Outre les avantages inhérents à la matière de la prescription libératoire, l'application de la loi de la société à la prescription de l'obligation aux versements des souscripteurs présente celui de consacrer une solution de compétence législative analogue à celle admise pour la déchéance des porteurs de titres devenus remboursables qui n'en ont pas réclamé le remboursement dans le délai fixé.

En cette matière, la jurisprudence a admis que l'on devait se référer aux statuts et que, par conséquent, c'était à la loi étrangère qu'il appartenait de régir la déchéance (1).

Cette solution a été vivement critiquée (2). On a reproché notamment à la jurisprudence d'être très rigoureuse pour les intérêts particuliers, car elle a pour conséquence de faire perdre aux actionnaires le bénéfice de la prescription de droit commun. Toutefois, la compétence de la loi de la société se justifie en cette matière. Car la déchéance du droit de l'actionnaire ou de l'obligataire au remboursement du titre présente une nature analogue à celle de la prescription du droit de la société d'exiger le versement du reliquat du montant du titre. Elle ne saurait donc en être dissociée au point de vue de la compétence législative. A raison de cette similitude, la déchéance du droit du porteur rentre également dans le cadre général de la prescription libératoire. La loi de la société coïncide d'ailleurs en cette matière avec celle du domicile du débiteur.

L'examen des rapports de la société et de l'actionnaire ou de l'obligataire, c'est-à-dire l'étude du contrat de souscription *stricto sensu*, a révélé la compétence à peu près exclusive de la loi de la société. La nécessité d'assurer l'unité législative entre les différents porteurs a fait échec en ce domaine à la territorialité du droit.

150. — (1) Rennes, 16 novembre 1885 (Clunet 1896, p. 330) ; Cass. Civ. 14 janvier 1890 ; (Clunet 1890, p. 120) ; Nancy, 28 octobre 1890 (Clunet 1891, p. 237).

Trib. comm. Seine 14 mars 1888 (Clunet 1889, p. 169).

150. — (2) PILLET, *op. cit.*, n° 164, p. 214-215.

Mais l'émission demeure rarement une opération bipartite. Le plus souvent la société a recours à un intermédiaire. On voit alors apparaître un banquier et il importe de déterminer la loi applicable aux rapports du banquier avec les souscripteurs d'une part et avec la société de l'autre. Le conflit de lois qui apparaît en ce domaine revêt un caractère un peu différent du précédent. On se trouve en effet en présence d'un contrat distinct du contrat de souscription et qui doit en conséquence être soumis à la loi compétente en vertu des principes généraux admis en matière contratuelle. Mais l'indépendance de ce contrat est toute relative. Son but exclusif est en effet d'assurer la souscription et il est, en conséquence, étroitement lié au contrat de souscription lui-même. Il faut alors examiner dans quelle mesure cette connexité exerce une répercussion sur la loi applicable. Le conflit oppose donc la loi de la société qui cherche à s'immiscer dans le domaine du contrat et la loi d'autonomie.

Section II

LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DU BANQUIER CHARGÉ DE L'ÉMISSION AVEC LES SOUSCRIPTEURS ET LA SOCIÉTÉ ÉMETTRICE

151. — Le rôle du banquier qui vient s'interposer lors de l'émission entre la société émettrice et le souscripteur est susceptible de revêtir des modalités variables suivant le procédé d'émission employé. Parfois la banque se contente de souscrire un engagement de placement à commission. Dans ce cas, son rôle se borne à prêter ses guichets. Cette opération favorable à la banque, mais qui laisse subsister à la charge de la société tous les aléas de l'émission, revêt le caractère d'un contrat de mandat ou de commission selon que le banquier agit en tant que représentant de la société émettrice ou pour son compte personnel.

A l'opposé on rencontre le procédé de la prise ferme. Le banquier prend l'émission à son compte. Il souscrit l'ensemble des titres qu'il écoulera ensuite dans le public. Il y a véritablement substitution de la banque à la société émettrice. Ce procédé est extrêmement avantageux pour la société puisque le banquier assume tous les risques de la souscription.

Il existe enfin un procédé intermédiaire, celui de l'engagement de garantie. La banque, sans souscrire immédiatement l'ensemble des titres, en garantit le placement aux fondateurs dans un certain délai. Faute de pouvoir les placer dans le public dans les limites du délai prévu, elle s'engage à souscrire les titres qui restent.

La loi applicable est-elle susceptible de varier suivant le procédé employé ? Il est certain que, plus le contrat unissant le banquier à la société se rapproche par sa nature d'une véritable souscription, plus la loi de la société qui demeure toujours sous-jacente est apte à le régir et à concurrencer l'application normale de la loi du contrat. C'est ce que nous révèlera l'étude des conflits de lois relatifs aux rapports du banquier et de la société émettrice. Par contre, l'application dans les rapports du banquier et des souscripteurs du système proposé dans l'étude du contrat de souscription *stricto sensu* permettra de constater que la loi qui les régit demeure immuable, quel que soit le procédé d'émission employé.

Cette double étude ne vise que les trois procédés d'émisssion qui viennent d'être indiqués, procédés employés par les sociétés étrangères en France, mais connus également de notre droit interne. Les conflits de lois qu'ils font naître ne proviennent donc pas d'une originalité qui leur est inhérente, mais de leur projection sur le plan international.

Certaines sociétés étrangères n'y font pas appel. Les sociétés anglo-saxonnes notamment utilisent fréquemment un procédé du droit anglais : le contrat de trust, qui modifie profondément le mécanisme de l'émission. A raison du particularisme du trust, institution dont le droit français ne connaît pas l'équivalent, son utilisation par les sociétés anglo-américaines aux fins d'émission de leurs titres en France donne naissance à des conflits de lois originaux dont l'étude devra suivre celle des conflits relatifs à l'utilisation des procédés normaux d'émission du droit français.

A. — *Les conflits de lois relatifs à l'utilisation par les sociétés de commerce étrangères des procédés d'émission du droit français*

152. — Comme nous l'avons déjà signalé, le conflit entre la loi du contrat et la loi de la société revêt une intensité plus ou moins grande suivant que l'on envisage les rapports du banquier avec la société émettrice ou avec les souscripteurs.

a) La loi applicable aux rapports du banquier et de la société émettrice

L'aptitude théorique de la loi de la société à s'immiscer dans le régime du contrat varie suivant le procédé d'émission employé.

Lorsque le procédé d'émission employé est le placement à commission, la détermination de la compétence législative ne semble

pas, de prime abord, soulever de grandes difficultés. L'engagement de placement à commission est un contrat de mandat ou de commission qui ne présente pas de particularités du fait que le mandant est une société étrangère. Le banquier étant dans cette hypothèse un simple intermédiaire, le contrat de placement à commission est assez éloigné du contrat de souscription. A raison de cette indépendance, il semble difficile d'admettre que la loi de la société puisse le régir à titre de loi impérative. Il faut reconnaître aux parties le droit de se référer à la loi d'autonomie.

Dans le silence des parties, la détermination de la loi compétente pour régir à titre supplétif le placement à commission apparaît beaucoup plus délicate. Là encore, il semble logique d'appliquer les règles admises en matière de mandat ou de commission. Or, en ces matières, les auteurs et la jurisprudence se prononcent généralement en faveur de la loi du lieu d'exécution du contrat, car ils considèrent que l'exécution étant le but final du contrat, le caractérise mieux au point de vue de la localisation que la conclusion (1).

Toutefois, il faut remarquer que certains auteurs et certaines décisions de jurisprudence n'admettent la compétence de la loi du lieu d'exécution que sous certaines réserves, dans l'hypothèse où l'acte accompli par le mandataire n'est pas régi par la loi du lieu de sa passation (2).

M. Batiffol notamment déclare que le lieu d'exécution ne détermine la loi applicable que parce que le contrat y produit ses effets. Mais si ces effets consistent exceptionnellement dans un acte juridique lui-même soumis à une autre loi, la valeur que l'on doit attacher aux effets du contrat pour en caractériser l'ensemble au point de vue de la loi applicable conduit à préférer la loi qui régit ces effets à celle du lieu où ils ont pris naissance. « En d'autres termes, ajoute M. Batiffol, la recherche de la loi ayant avec le contrat le lien le plus substantiel conduit pour le mandat à l'application de la loi de l'acte qu'il a pour objet ; cet acte est la raison d'être du mandat, sa régularité commande celle du mandat, elle se confond avec celle de l'objet du mandat. » M. Batiffol admet la même solution pour le contrat de commission.

152. — (1) Req. 9 juin 1880 (S. 1881.1.449) ; Civ. 12 mai 1930 (S. 1931.1. 129 ; Clunet 1931, p. 165 ; Gaz. Pal. 1930.2.108 ; Revue Als.-Lorr. 1930, p. 44). Dans cette dernière affaire, il s'agissait d'un contrat par lequel une société française avait accepté de représenter une société du Bas-Rhin. La Cour de Cassation a admis la compétence de la loi française : loi du lieu d'exécution du contrat. En ce qui concerne la doctrine : cf. BATIFFOL, *op. cit.* n° 304 et s. p. 274, et les références citées par lui.

152. — (2) BATIFFOL, *op. cit.* n° 305, p. 274-275 ; Cass. Req. 5 juillet 1827 (D.R. 1827.1.295 ; S. 1828.1.105) ; Paris 1er avril 1926 (Gaz. Pal. 1926.2.147) ; Civ. 9 mars 1937 (D.H. 1937, p. 253 ; S. 1937.1.289).

Si l'on s'efforce d'appliquer au contrat de placement à commission les règles générales qui viennent d'être dégagées, on s'aperçoit que l'on se trouve exactement dans l'hypothèse envisagée par M. Batiffol. En effet, l'exécution du mandat ou de la commission doit avoir lieu en France, lorsqu'il s'agit d'un contrat intervenu entre une société étrangère et un banquier français, aux fins d'émettre des titres sur le marché français. L'application normale de la loi du lieu d'exécution devrait donc conduire à attribuer compétence à la loi française. Mais la raison d'être du contrat de mandat ou de commission est d'assurer la souscription des titres. Son objet est donc un acte régi par une loi différente de celle du lieu d'exécution su mandat ou de la commission, puisque la souscription est soumise à la loi de la société.

Il est donc permis de se demander si la loi de la société ne doit pas supplanter la loi du lieu d'exécution du contrat dans les rapports du banquier avec la société. On peut, semble-t-il, répondre par l'affirmative. En effet, il est incontestable que le contrat de placement à commission, s'il est par sa nature très différent de la souscription, vient se greffer sur elle et ne se conçoit qu'en fonction du but que l'on cherche à lui faire atteindre : le placement des titres dans le public. D'autre part, il sera démontré plus loin que les rapports que font naître le contrat de mandat ou de commission entre le banquier et le souscripteur doivent être soumis à la loi de la société. Admettre également la compétence de la loi de la société pour régir les rapports du banquier et de la société permet d'assurer l'unité législative du régime de contrat de placement à commission dans l'ensemble des rapports qu'il engendre. Il convient toutefois de noter que cette compétence trouvera une limitation dans les règles relatives à l'organisation bancaire française, ces règles étant, à titre de lois de police et de sûreté, d'application strictement territoriale.

La loi de la société apparaît donc compétente pour régir le contrat de placement à commission dans le silence des parties. Mais sa compétence ne saurait être plus étendue. Il ne peut en effet être question de l'ériger en loi impérative limitant l'autonomie des parties. Il ne faut pas oublier en effet que le contrat de placement à commission ressortit au droit des contrats. D'autre part, l'application de la loi d'autonomie ne saurait léser les intérêts ni de la société ni de la banque, car les fondateurs, comme le banquier, sont des gens suffisamment avisés et soucieux de leurs intérêts pour choisir, après une discussion dans laquelle ils sont sur un pied d'égalité, la loi compétente en connaissance de cause.

Lorsque le procédé d'émission utilisé est au contraire la prise ferme, la détermination de la compétence législative soulève des

difficultés bien moins grandes. La prise ferme conduit en effet le banquier à souscrire les titres de la société. Elle peut donc s'analyser en une véritable souscription immédiate. Elle doit en conséquence être soumise à la loi du contrat de souscription, c'est-à-dire à la loi de la société.

153. — La recherche de la loi compétente présente le maximum de difficultés lorsque l'on aborde le troisième procédé d'émission utilisé : l'engagement de garantie. Le contrat qui unit la société au banquier présente dans ce cas un caractère complexe. On ne peut en effet le considérer comme une véritable souscription, car la banque s'engage seulement à titre principal à placer les actions dans un certain délai. Ce n'est qu'au cas d'échec qu'elle s'engage subsidiairement à souscrire les titres qu'elle n'aura pu placer dans le public. L'engagement de garantie constitue donc un contrat de commission ou de mandat dans lequel est insérée une promesse conditionnelle de souscription.

Dans le silence des parties, il ny a pas de difficultés. La loi de la société à laquelle nous avons attribué un rôle supplétif en matière de placement à commission doit, à plus forte raison, remplir ce rôle dans l'engagement de garantie et régir l'ensemble du contrat.

Le problème délicat concerne la promesse conditionnelle de souscription. En effet, elle constitue un engagement de la part du banquier de souscrire si la condition, à savoir la mévente des titres, se réalise. Dans cette mesure elle apparaît comme la cause efficiente d'une souscripiton éventuelle et il semble normal de la soumettre à la loi qui régit la souscription, c'est-à-dire à la loi de la société.

D'autre part, la promesse conditionnelle de souscription s'intègre dans un contrat qui est, abstraction faite de cette clause, un contrat de mandat ou de commission ordinaire, et dans lequel la loi de la société ne doit intervenir qu'à titre supplétif, la société et le banquier demeurant libres de choisir la loi qui leur convient le mieux, dans les limites de l'autonomie qui leur est conférée par les règles traditionnellement admises en matière contractuelle. Dans ces conditions, on peut se demander si la nécesssité d'assurer à l'ensemble du contrat l'unité de compétence législative ne doit pas conduire à soumettre la promesse conditionnelle de souscription, comme les autres dispositions de l'engagement de garantie, à la loi d'autonomie.

A raison du lien existant entre la promesse conditionnelle de souscription et la souscription elle-même, une semblable solution apparaît difficilement admissible. L'application des principes géné-

raux du droit international privé conduit donc à admettre en matière d'engagement de garantie une dualité de compétences législatives.

Fort heureusement, par suite de la communauté qui existe entre les différentes législations qui admettent en général la force obligatoire de la promesse conditionnelle de souscription au cas de réalisation de la condition, la scission intervenue dans le régime du contrat ne produit pas de conséquences fâcheuses. On peut cependant concevoir des hypothèses dans lesquelles la dualité de lois applicables pose au juge des problèmes presque insolubles.

C'est le cas, si l'on suppose que la loi de la société refuse d'admettre la validité d'une simple promesse conditionnelle de vente et considère en conséquence que le banquier promettant n'est tenu, au cas de mévente d'une partie des titres, d'aucune obligation de souscrire. Or, les parties ont soumis l'ensemble du contrat, y compris la promesse conditionnelle de vente, à la loi française qui en reconnaît la validité. Puis la condition s'étant réalisée, le banquier invoque la compétence de la loi de la société qui n'admet pas la validité de son engagement de souscription et refuse, en conséquence, de souscrire les titres restants. Il est actionné par la société devant le tribunal français, tribunal du domicile du défendeur. Quelle doit être dans ce cas l'attitude de la jurisprudence française ?

L'équité semble commander au juge de considérer que le banquier qui, d'accord avec les fondateurs, a choisi la compétence de la loi française et s'est engagé à souscrire les titres non vendus est lié par les termes du contrat et de le condamner à remplir son engagement, ou, à défaut, à des dommages-intérêts. Toutefois, cette solution a l'inconvénient d'approuver la violation de la règle de conflit dont les parties se sont rendues coupables et de l'entériner dans une décision judiciaire.

Or, le juge se doit de sanctionner cette violation et de revenir à l'application normale de la règle de conflit. Il est conduit, en conséquence, à soumettre la promesse conditionnelle de souscription à la loi de la société et à la considérer comme nulle puisque la loi normalement compétente n'en reconnaît pas la validité.

154. — Mais la nullité de l'engagement de souscription doit-elle entraîner la résolution de l'ensemble du contrat ?

L'admission de la solution négative conduirait à une iniquité, car elle romprait l'équilibre qui doit exister entre les prestations des parties. En effet, le montant de la commission versée par la société au banquier était calculé compte tenu non seulement du

placement des titres dans le public, mais aussi du fait que le banquier s'engageait à souscrire les titres restants. C'est en effet parce que la société pensait être délivrée des aléas de la souscription qu'elle a consenti le versement d'une commission dont le montant est beaucoup plus élevé qu'au cas d'un simple engagement de placement à commission.

Le juge doit donc, compte tenu du lien de connexité existant entre les deux obligations, prononcer la résolution du contrat. Mais cette résolution apparaît pratiquement impossible, car le contrat a déjà été exécuté pour partie. Même s'il était possible de revenir sur les placements déjà effectués, une telle solution lèserait gravement la société.

La meilleure solution consiste dans ce cas à prendre en considération le déséquilibre existant entre le montant de la commission et la prestation du banquier qui se trouve réduite par suite de la nullité de sa promesse conditionnelle de souscription, et d'admettre non pas la résolution du contrat, mais la réduction de la commission pour défaut partiel de cause. Cette solution présente le double avantage de sanctionner la violation de la règle de conflit, tout en consacrant une solution équitable qui ne lèse pas les intérêts de la société. Elle révèle également les difficultés que font naître le chevauchement de deux lois différentes à l'intérieur d'un même contrat. Il serait préférable pour les éviter d'admettre la compétence d'une loi unique pour régir l'ensemble de l'engagement de garantie.

Toutefois, comme nous l'avons montré, il semble difficile de concilier l'extension à l'ensemble du contrat de la compétence de la loi de la société ou de la loi d'autonomie avec les principes généraux du droit international privé. C'est pourquoi, compte tenu du fait que l'hypothèse envisagée est en pratique d'une application exceptionnelle par suite de la communauté existant entre les différents systèmes juridiques relativement à la validité de la promesse conditionnelle de souscription, il semble que l'on puisse admettre sans trop d'inconvénients la dualité de lois applicables. La loi d'autonomie doit donc régir le contrat, exception faite de l'engagement de garantie lui-même qui doit être soumis à la loi de la société.

L'étude des rapports juridiques entre le banquier et la société, rapports auxquels donne naissance le jeu des différents procédés d'émission du droit français, a révélé l'immixtion plus ou moins poussée de la loi de la société dans le régime du contrat, à raison du lien qui unit ce dernier à la souscription. Toutefois, la société a trouvé dans l'application des règles contractuelles un obstacle qui s'est opposé à ce qu'elle puisse acquérir une compétence exclusive. Cet obstacle est moins ardu à franchir lorsque l'on envisage la

situation du banquier par rapport aux souscripteurs, et dans ce domaine on peut, à notre avis, revenir sans danger à la compétence de principe de la loi de la société.

b) La loi applicable aux rapports du banquier et des souscripteurs

155. — On pourrait concevoir que la substitution dans l'émission du banquier mandataire à la société mandant puisse exercer une incidence sur la compétence législative en matière de souscription. L'application des règles traditionnelles du mandat devrait en effet conduire à admettre la compétence de la loi du lieu où le contrat a été conclu entre le mandataire et le souscripteur, car le mandant est censé se transporter au lieu où le contrat a été conclu entre le mandataire et le souscripteur. A notre avis, il n'en est rien. En effet, le banquier mandataire se borne à exécuter le mandat en offrant les titres au public à la place de la société. Mais celle-ci demeure en réalité l'offrant réel, le banquier n'étant que l'offrant apparent. C'est donc la loi de l'offrant réel qui doit régir la souscription en dépit de l'intervention d'un mandataire.

C'est là une des caractéristiques des différents procédés d'émission français. Les rapports entre le banquier et les souscripteurs conservent un caractère purement temporaire et ils produisent effet non entre le banquier et le souscripteur, mais entre ce dernier et la société. On peut donc dire que le banquier conserve toujours le caractère d'un simple intermédiaire dont l'intervention ne saurait supprimer les rapports directs entre la société et les souscripteurs. C'est précisément ce caractère qui différencie les procédés français de certains procédés étrangers d'émission comme le contrat de trust du droit anglo-saxon, dont l'utilisation en France par les sociétés anglo-américaines pose des problèmes de conflits de lois qui ont leur source dans le particularisme de cette institution.

B. — *Les conflits de lois relatifs à l'utilisation par les sociétés de commerce étrangères aux fins d'émission en France des institutions originales du droit étranger.*

156. — Les législations étrangères connaissent parfois des institutions qui, venant se greffer sur l'émission des titres de sociétés, sont susceptibles de lui faire revêtir un aspect très différent de l'émission française. Le droit français, s'inspirant de la compétence

de principe de la loi de la société, doit-il conclure à leur validité en France, ou au contraire les rejeter en invoquant la compétence exceptionnelle de la loi française , C'est ce problème de conflit de lois qu'il nous faut maintenant résoudre en raisonnant sur une institution étrangère déterminée : le contrat de trust, consacré par le droit anglo-saxon. Le choix que nous avons fait du contrat de trust parmi les différentes institutions originales étrangères susceptibles d'exercer une incidence sur l'émission a été dicté par une triple raison : le particularisme très prononcé de ce contrat qui n'a jamais eu en France d'équivalent même approximatif, le fait que plusieurs décisions de jurisprudence française ont été rendues à ce sujet, et enfin l'utilisation fréquente qui en a été faite par des sociétés étrangères que leur loi obligeait à émettre des titres nominatifs aux fins d'émission en France de titres au porteur.

Le trust est une très vieille institution du droit anglais que la jurisprudence anglo-saxonne s'est efforcée d'adapter à l'économie moderne. M. Lagarde en fait une analyse très complète et pénétrante : « en vertu du Trustdeed, déclare-t-il, les trustees ou fideicommissaires sont investis d'un droit réel sur certains biens, en deviennent même propriétaires sous réserve de loyalement remplir leurs devoirs dont le principal est d'assurer la jouissance véritable à une autre personne, le cestui que trust. Dans les rapports de ce dernier avec le fideicommissaire, le constituant du trust disparaît totalement ; il est tout aussi étranger que le serait un vendeur ; le cestui qui trust reçoit une sûreté à la fois réelle par le transfert de propriété aux trustees et personnelle par les obligations qui incombent à ces derniers. Le trust deed s'oppose théoriquement au mort gage, sûreté strictement réelle comparable à l'hypothèque. Or, en Grande-Bretagne et plus encore aux Etats-Unis, l'émission d'obligations est un emprunt collectif stipulé payable à des trustees qui sont généralement une banque spécialisée » (1).

Cette analyse révèle que le contrat de trust est autre chose qu'un procédé d'émission. Toutefois, en l'envisageant exclusivement sous cet angle, il pourrait sembler à première vue qu'il présente quelques analogies avec certains procédés d'émission utilisés en France, procédés qui nécessitent l'intervention soit d'un banquier isolé, soit de syndicats financiers ou syndicats d'émission.

En effet, dans l'émission et la souscription telle qu'elle s'opère en France, le rôle du banquier qui s'entremet entre la société et le souscripteur est susceptible de revêtir des modalités diverses selon le procédé employé.

156. — (1) Cf. LAGARDE, *op. cit.* p. 288, n° 224 ; ESCARRA, *Traité de l'organisation des obligataires ;* LEBLOND, *L'emprunt obligataire en droit anglais,* thèse, Paris, 1924, p. 35 et notes.

Parmi les trois procédés employés, procédés dont l'étude a déjà été faite, il en est un qui semble de prime abord présenter des analogies certaines avec le contrat de trust, c'est celui de la prise ferme.

Dans ce cas la banque se substitue à la société. Mais l'analogie que l'on pourrait songer à relever avec le contrat de trust est trompeuse. En effet, dans l'émission française, au cas de prise ferme, le rôle du banquier est celui d'un intermédiaire purement temporaire puisque son activité est limitée à la souscription. Au contraire, le trustee est autre chose qu'un intermédiaire et son activité conserve une certaine permanence même après l'émission. Le contrat de trust est en réalité une opération tripartite entre la société qui est le constituant du trust, le banquier spécialisé, le trustee et le souscripteur qui est le cestui que trust. Les trustees conservent tout au long de la vie de la société un rôle de premier plan. Ils sont en effet, à la fois mandataires du créancier et du débiteur, c'est-à-dire de l'actionnaire ou de l'obligataire et de la société puisqu'ils doivent gérer les intérêts de l'un et de l'autre avec obligation au cas de conflit de donner la préférence au porteur.

157. — Tel apparaît le fonctionnement normal du trust en droit anglo-saxon. Mais du point de vue du droit français l'intérêt réside moins dans l'étude du trust lui-même que dans celle de l'utilisation un peu spéciale qui en a été faite sur notre territoire par les sociétés commerciales étrangères. En effet, lors de l'émission en France de leurs titres, certaines sociétés étrangères qui, conformément aux prescriptions de leur législation nationale, ne pouvaient émettre que des titres nominatifs, ont eu recours à ce procédé pour émettre des titres au porteur qui remportaient un succès plus vif chez les souscripteurs français, à raison principalement de leur plus grande facilité de circulation. L'emploi du trust à cette fin peut d'ailleurs revêtir deux modalités différentes. Tantôt la société étrangère se bornera à interposer entre elle et les porteurs français les trustees étrangers et les déposants français. Le contrat tripartite de trust se transforme alors en une opération quadripartite, le stock trust agreement, convention passée entre la société, le trustee, le déposant (banquier français) et les porteurs français. Dans le stock trust agreement le rôle des trustees est double comme le fait remarquer M. Lagarde : « d'une part, l'émission de titres nouveaux, d'autre part, la conservation des certificats d'actions seuls probatoires dans les rapports avec la société, ce qui suppose naturellement qu'à la différence de la société les trustees sont établis dans un des Etats admettant les titres au porteur ».

Ce système n'était pas sans présenter des inconvénients par suite des complications consécutives à la multiplication des organes que nécessitait son fonctionnement. Aussi, les sociétés étrangères n'ont souvent pas hésité à aller plus loin et à créer en France un trust français aux fins d'émission. On assistait alors à la constitution d'une société anonyme qui, bien que dirigée par les mêmes administrateurs que la société étrangère n'en était pas moins soumise à la loi française de son siège social et pouvait en conséquence émettre valablement des titres au porteur.

Avant les réformes récentes cette institution présentait un grand intérêt pour les sociétés étrangères. Toutefois, sa validité avait été contestée très vivement par la doctrine et la jurisprudence avait eu à se prononcer à ce sujet. C'est ce premier point qu'il nous faudra étudier tout d'abord. Nous verrons ensuite l'incidence que la législation récente relative aux titres au porteur est susceptible d'exercer sur l'utilité pratique et même sur la possibilité juridique d'utiliser le stock trust agreement et le trust français pour émettre en France des titres au porteur.

a) La validité en France du contrat de trust

158. — Pour résoudre ce problème on doit partir de l'application des règles normales de conflit. Le porteur, de par la souscription, accepte la compétence de la loi de la société. La convention de trust qui se rattache à l'émission doit donc être soumise à la loi étrangère et ceci quelle que soit la nature que l'on attribue au trust.

Si l'on y voit seulement une opération affectant les modalités de l'émission et si, en conséquence on lie étroitement le contrat de trust aux opérations sociales, la loi étrangère s'appliquera en tant que loi de la société.

Mais même si l'on considère le contrat de trust comme un véritable contrat, susceptible à raison de son indépendance d'être régi par une loi propre, on doit également se prononcer en faveur de la loi étrangère sous réserve bien entendu, au cas de création du trust français, de la soumission de ce dernier à la loi française, non en tant que trust, mais en tant que société anonyme ayant son siège social en France.

Il est incontestable en effet, que l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté conduit à affirmer le principe de la compétence de la loi étrangère. La société émettrice et les trustees au cas de trust simple, les mêmes plus les déposants, au cas de stock trust agrement sont sans aucun doute possible favorables à la loi étrangère à laquelle ils ont eu nécessairement l'intention de

se référer puisqu'elle était la seule à pouvoir conférer la validité à la convention dont ils étaient parties. Quant au souscripteur, en entrant dans la société, il accepte la compétence de la loi de cette dernière et accepte par là même de confier ses intérêts aux trustees qui seront désormais ses mandataires ainsi que ceux de la société. Il reconnaît donc la compétence de la loi étrangère. Si l'on applique la théorie de l'autonomie de la volonté, il n'est même pas inexact de dire qu'il l'a choisie tacitement en tant que loi d'autonomie.

Pour ce qui est du principe de compétence normale, il est donc incontestable que la loi étrangère doit régir le contrat de trust. Mais la loi française, évincée par le jeu des règles classiques de conflit, ne peut-elle pas se voir attribuer une compétence extraordinaire sur le fondement de l'ordre public ?

Certains auteurs l'ont soutenu en faisant valoir à l'appui de leur thèse que le contrat de trust, institution originale et spécifiquement anglo-saxonne choquait les principes les mieux établis du droit français, par plusieurs de ses caractères (1).

La combinaison d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle conférées toutes deux au cestui que trust porte atteinte aux habitudes de notre droit qui distingue très soigneusement les deux catégories de sûretés. D'autre part, le contrat de trust conduit à un curieux dédoublement de la propriété que notre droit ignore. Le trustee ne devient en effet propriétaire du titre qu'à condition d'en assurer la jouissance au souscripteur. On pourrait bien sans doute songer à rapprocher cette institution d'une donation avec charge ou d'une substitution avec lesquelles elle présente quelques analogies. Mais, le principe en est très différent : le trustee reçoit les obligations à titre onéreux ; on ne peut donc parler de donation puisqu'il touche seulement une commission. D'autre part, le trust est assez loin de la substitution puisque l'obligation du trustee ne consiste pas seulement à transférer le titre au souscripteur, mais à s'engager à demeurer dans l'avenir non pas un simple intermédiaire, mais un véritable mandataire de la société et des porteurs. Or, cette double qualité de mandataire d'un créancier et d'un débiteur dont les intérêts sont nécessairement le plus souvent en conflit, fait du contrat du trust une institution extrêmement curieuse. L'application de cette règle pourra d'ailleurs être délicate et embarrassante pour le trustee puisque ce dernier, pris en quelque sorte entre deux feux devra nécessairement sacrifier les intérêts de l'un de ses mandants pour satisfaire l'autre. Sans doute on résout le conflit d'intérêts en déclarant que le trustee doit sauvegarder avant tout ceux du porteur.

158. — (1) En ce sens : LORBER, *Les valeurs mobilières envisagées au point de vue des conflits de lois*, thèse, Nancy 1912, p. 79. Note anonyme sous Toulouse 18 juillet 1905 (Clunet 1906, p. 451).

Mais dans ce cas, comment justifier l'utilité du mandat qui unit la société au trustee, cette utilité résultant le plus souvent dans les mandats ordinaires de la défense par le mandataire des intérêts du mandant.

Aussi, se fondant sur le caractère insolite de ce double mandat, ignoré en règle générale du droit français, M. Lorber pense que, pour éviter des complications inutiles, il serait préférable de revenir à la compétence de la *lex fori* et d'écarter l'application en France du contrat de trust.

Toutefois l'ensemble de la doctrine et la jurisprudence ne sont pas en ce sens. M. Lagarde, notamment, fait remarquer que le double mandat consacré par le contrat de trust n'a pas un caractère aussi extraordinaire que celui qu'on cherche à lui attribuer. Le droit français connaît d'autres exemples de double mandat. « C'est ainsi que lorsqu'un agent de change qui a reçu, d'une part, des ordres d'acheter et, d'autre part, des ordres de vendre une même catégorie de valeurs émanant de personnes différentes, procède à une application dans sa clientèle, il agit en vertu d'un double mandat donné par les parties dont les intérêts sont opposés ». Sans doute il ne faut pas s'exagérer cette analogie. Mais M. Lagarde montre que, dans l'hypothèse de l'agent de change précitée comme dans celle du contrat de trust, l'application de l'idée de « double mandat » produit au moins un effet identique très important : l'absence de rapports directs entre les deux mandants. En effet, de même que l'interposition de l'agent de change entre le vendeur et l'acheteur supprime les relations directes entre ces deux dernières personnes, de même l'interposition du trustee entre la société débitrice et le souscripteur créancier produit cette conséquence que tous les rapports entre eux s'effectuent nécessairement par l'intermédiaire du trustee. Enfin, les partisans de l'application en France du contrat de trust font remarquer qu'il facilite la réalisation du gage et donne aux porteurs une garantie très intéressante puisqu'il leur confère une double sûreté, personne et réelle (1).

159. — La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens. Les décisions rendues en cette matière sont d'ailleurs peu nombreuses et nous ne pouvons guère noter que deux arrêts rendus d'ailleurs dans la même affaire, celle de la société anglaise « Pyrenees Minerals Limited ». Ce sont les arrêts de la Cour d'Appel de Toulouse du 18 juillet 1905 et de la Cour de Cassation du 19 février 1908 (1).

158. — (1) LAGARDE, *op. cit.* n° 236, p. 307-308.
159. — (1) Toulouse 18 juillet 1905 (Clunet 1906, p. 451).
Cass. Civ. 19 février 1908 (Clunet 1912, p. 243 ; Journ. Soc. 1909, p. 200).

La société « Pyrenees Minerals Limited » avait émis en France un certain nombre d'obligations hypothécaires. Le contrat de trust passé en Angleterre et qu'acceptaient les obligataires, du fait de leur souscription, prévoyait l'abandon par eux de tous droits d'action individuelle contre la société au profit des trustees qui pouvaient seuls exercer l'action collective s'ils le jugeaient utile. Toutefois, un obligataire français, prétextant la mauvaise marche des affaires de la société fit saisir les immeubles hypothéqués se trouvant en France.

La société argua de l'abandon par l'obligataire de ses droits d'action individuelle pour contester son droit d'exercer la saisie, droit qui appartenait aux seuls trustees. Le Tribunal de première instance, puis la Cour d'Appel de Toulouse lui donnèrent raison et la Cour de Cassation, confirmant l'arrêt d'appel rejeta le pourvoi formé par l'obligataire. L'argumentation de la Cour de Toulouse qui a été reprise et résumée par la Cour Suprême expose certaines des raisons qui militent en faveur de la reconnaissance en France de la validité du contrat de trust.

La Cour de Toulouse analyse le contrat de trust en une convention par laquelle les futurs porteurs d'obligations constituent par anticipation des mandataires appelés à les représenter tant en justice que dans leurs rapports avec la future société.

Envisageant ensuite la possibilité d'appliquer le contrat de trust en France, la Cour de Toulouse en admet la validité puisque, déclare-t-elle, de telles conventions n'ont rien de contraire à l'ordre public et que la jurisprudence permet aux souscripteurs d'un emprunt de s'associer, soit pour la défense de leurs intérêts, soit pour la réalisation de l'hypothèque collective qui a pu leur être consentie. La Cour de Cassation se borne à entériner la solution de la Cour de Toulouse et à reprendre sur certains points son argumentation. Elle se contente de fonder le rejet du pourvoi sur le fait que, les droits des obligataires n'étant pas d'ordre public en droit interne, ceux-ci peuvent valablement y renoncer au profit d'un organisme assurant la défense de leurs intérêts collectifs.

Que penser de cette jurisprudence ? A notre avis, la Cour de Cassation n'a pas posé le problème sur son véritable terrain et la Cour de Toulouse n'a fait que l'effleurer, car elle n'a que très peu développé son argumentation sur le point qui nous intéresse et qui est le nœud du problème : la solution du conflit de lois en fonction de l'ordre public.

Le problème, en effet, est de savoir si une institution étrangère, du fait qu'elle est à peu près totalement inconnue en France, est néanmoins susceptible d'être reçue favorablement sur notre terri-

toire. Nous ne pensons pas, pour notre part, que le fait qu'une institution procède d'une technique juridique différente de celle utilisée en droit français, et lui soit inconnue de ce fait, suffise à mettre automatiquement l'ordre public en jeu et à la condamner alors qu'elle ne porte pas atteinte aux principes de base du droit français. En effet, notre droit peut ignorer une institution pour deux raisons : il se peut qu'elle lui ait semblé inutile parce qu'il emploie pour atteindre un résultat sensiblement analogue un procédé technique différent. Il se peut aussi que notre législateur et notre jurisprudence l'aient résolument écartée parce que le résultat auquel elle aboutit choque l'équité et les conceptions morales ou économiques traditionnellement admises en France. C'est surtout dans cette seconde hypothèse que le correctif de l'ordre public apparaît nécessaire. Or, tel n'est pas le cas du contrat de trust qui nous semble se justifier sur le terrain de l'opportunité du fait qu'il confère aux porteurs français des avantages et des garanties substantielles et que, constituant moins un pacte commissoire qu'une vente à réméré, il ne tend pas à ressusciter en la camouflant un institution condamnée par notre droit.

Le contrat de trust en lui-même ne porte donc pas atteinte à l'ordre public, et la compétence normale de la loi étrangère de la société doit conduire à en admettre la validité en France. Toutefois, il convient de se demander si les réformes récentes intervenues dans notre pays au sujet des titres au porteur ne sont pas susceptibles de porter atteinte à l'utilisation fréquente qui était faite du contrat de trust par les sociétés étrangères, à savoir l'émission en France de titres au porteur.

b) De l'utilité pratique et de la possibilité juridique pour les sociétés étrangères d'émettre en France des titres au porteur par le moyen du « trust deed ».

160. — Les événements économiques postérieurs à la guerre de 1914-18 et notamment la dépréciation constante du franc enregistrée depuis 1926 sont de nature à restreindre dans une large mesure l'intérêt que pouvaient avoir les sociétés étrangères, contraintes dans leur pays d'émettre sous la forme nominative, à employer le procédé du trust pour émettre en France des titres au porteur plus aptes à satisfaire les souscripteurs français. En effet, les temps où les sociétés étrangères, se tournant vers le réservoir de capitaux constitué par notre pays, s'efforçaient de tenir compte des préférences des souscripteurs français sont aujourd'hui révolus.

L'épargne française actuellement disponible est extrêmement mince et c'est ailleurs que les sociétés anglo-saxonnes peuvent trouver les capitaux dont elles ont besoin.

D'autre part, si les préférences des capitalistes français allaient vers la forme au porteur, c'était principalement à raison des facilités très grandes de circulation des titres au porteur. Or, la loi du 28 février 1941 est venue anéantir presque totalement cet avantage, du moins pour les actions et les parts de fondateurs. En effet, toute négociation en France d'actions ou de parts de fondateurs de sociétés françaises et *étrangères* suppose la conversion préalable du titre à la forme nominative ou son dépôt chez un agent de change, un notaire ou dans un établissement bancaire. Ce dépôt est également exigé au cas de cession directe par la loi du 14 février 1942. Dans ces conditions, la principale raison qui pouvait inciter le souscripteur à souhaiter la forme au porteur disparaît (1).

Toutefois, on peut concevoir que certains porteurs français, s'attachant à l'anonymat que leur permet de conserver les titres au porteur aussi longtemps qu'ils ne les négocient pas leur gardent encore une certaine préférence. Dans ce cas l'émission en France d'actions au porteur par le moyen du contrat de trust peut présenter un certain intérêt pour les sociétés étrangères. Elles pourront en effet spéculer sur le fait que les sociétés françaises sont obligées depuis la loi du 3 février 1943 d'émettre des actions nominatives pour essayer par l'appât de la forme au porteur d'attirer les souscripteurs français qui, pour des raisons plus ou moins avouables demeurent encore sensibles aux avantages de cette catégorie de titres. La question se pose dès lors de savoir si une semblable émission demeure encore pour elles juridiquement licite ?

La loi française ne s'y oppose pas directement puisque la loi du 3 février 1943 n'exige la forme au porteur que pour les actions et parts de fondateur des sociétés françaises. Pour le stock trust agrement, la question ne soulève pas de difficulté. Il s'agit en effet d'un contrat de trust régi par la loi de la société émettrice. Toutefois, on peut noter que le résultat atteint : l'émission de titres au porteur n'a pu l'être que par la localisation territorale des trustees sur le territoire français. Nous nous trouvons donc en

160. — (1) Les lois du 28 février 1941, du 14 février 1942 et du 3 février 1943 ne concernent pas les obligations, qu'elles soient émises par des sociétés françaises ou étrangères, cf. : commentaires du Doyen H. Rousseau (Semaine juridique 1942, p. 290 et 1944, p. 410) et de M. Kaeppelin (Revue Gen. de Dr. Com. 1943, p. 273). La situation pour les obligations demeure donc inchangée dans la mesure où les sociétés étrangères, en dépit du peu de possibilités offertes actuellement par l'épargne française, ne reculent pas devant les frais qu'entraînent l'intervention de trustees et de déposants français dans le stock trust agrement et la constitution d'une société anonyme française aux fins d'émission dans le trust français.

présence d'une société anglaise qui, conformément à sa propre loi, n'aurait pu émettre en Angleterre que des actions nominatives et qui va désormais exciper du fait qu'elle est une société anglaise pour pouvoir, grâce aux trustees et aux déposants français émettre en France sous la forme au porteur. Un semblable raisonnement peut paraître illogique, mais il résulte de l'application normale des règles de conflit.

Lorsque la société étrangère ne se contente pas d'un stock trust agrement, mais constitue en France, une société anonyme indépendante dite trust français, l'utilisation du trust aux fins d'émission de titres au porteur est beaucoup plus contestable. En effet, on peut dire que le véritable émetteur des titres au porteur est le trust français, société ayant son siège social en France et qui, comme tel doit être soumis à la loi du 3 février 1943. C'est précisément ce caractère français du trust derrière lequel la société étrangère se retranchera si elle est poursuivie devant les tribunaux de son pays. Elle arguera du fait qu'elle s'est contentée de transmettre des titres nominatifs à une société française. Si au contraire, on reproche au trust français d'avoir « émis » des actions au porteur contrairement aux dispositions de la loi de 1943, celui-ci se retranchera derrière le caractère étranger de la société et s'appuiera sur le fait qu'il n'a été qu'un agent, qu'un intermédiaire et, que les actions émises ne sont pas ses actions propres, mais celles de la société étrangère.

Pris indépendamment l'un de l'autre, les deux raisonnements peuvent se justifier. Un recoupement opéré entre eux dénote une contradiction qui ne saurait satisfaire la logique et prouve l'inexactitude de l'une des positions prises.

La jurisprudence française n'a pas encore eu à se prononcer sur ce point et nous ignorons quelle sera sa position. Mais, nous pensons que, compte tenu de l'illogisme que nous avons dénoncé, elle devra revenir à la compétence de la *lex fori* afin d'éviter que par un habile stratagème, une société française de par son siège social, mais qui n'est en réalité que l'instrument de puissances économiques étrangères puisse se prévaloir des dispositions de la loi française, tout en se retranchant derrière la loi étrangère lorsque celle-ci lui est favorable.

CHAPITRE II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX APPORTS EN NATURE

161. — Les actions que reçoivent les souscripteurs sont la contre-partie des apports faits par ces derniers à la société, apports qui représentent le prix de l'action. Le plus souvent on se trouve en présence d'apports en numéraire qui ne soulèvent pas de conflits de lois particuliers. En effet, la seule question qui se pose à leur sujet est la détermination de la monnaie de paiement. C'est un problème dont il ne saurait être question de sous-estimer l'importance, mais qui ne crée pas de conflits de lois spéciaux au droit des sociétés. Les conflits auxquels il donne naissance rentrent en effet dans le cadre des règles générales des paiements internationaux.

Au contraire, les problèmes posés par les apports en nature sont particuliers au droit des sociétés, qu'il s'agisse de l'apport d'un immeuble ou de celui d'un fonds de commerce.

A leur sujet deux questions se posent. Il faut tout d'abord déterminer la loi qui doit régir l'apport en société, la solution de la compétence législative devant être donnée en fonction de la nature de l'apport. Il faut ensuite, déterminer suivant quelle loi s'effectuera la vérification des apports en nature et des avantages particuliers qui constitue une des préoccupations essentielles du législateur français, car le gage des créanciers sociaux étant restreint au seul capital social, toute surévaluation des apports en nature aurait pour conséquence de leur conférer dans une certaine mesure un gage fictif puisque le montant réel du capital social ne correspondrait pas à son montant nominal.

SECTION I

DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR RÉGIR L'APPORT EN SOCIÉTÉ

162. — Si l'on prend comme exemple l'apport à une société étrangère d'un immeuble situé en France, le conflit naît entre deux

lois : la loi de la société qui peut invoquer un titre de compétence dans la mesure où l'apport rentre dans le cadre de la souscription et constitue un des éléments nécessaires à la constitution de la société, la *lex rei sitae* qui peut également invoquer une aptitude théorique à régir l'apport dans la mesure où il exerce une incidence sur le régime des biens.

Il faut, à notre avis distinguer pour la solution du conflit de lois deux questions : le principe suivant lequel l'apport en société est ou non translatif de propriété et, dans l'affirmative la détermination de la loi compétente pour régir ce transfert.

C'est incontestablement à la loi de la société qu'il appartient de déterminer si l'apport est ou non translatif de propriété. Seule en effet la loi qui régit le statut juridique de la société est apte à décider s'il est nécessaire, pour que la société soit valablement constituée qu'elle acquière la propriété des apports. Nous sommes ici en présence d'un principe de constitution de la société.

D'ailleurs, le droit français admettant l'effet translatif de propriété de l'apport, la loi étrangère, si elle consacre une solution différente sera nécessairement dans son application plus protectrice des intérêts des associés français qui, conservant la propriété de leur apport se trouveront dans une situation meilleure que celle qui leur aurait été faite par la loi française.

On voit d'ailleurs mal à quel titre la *lex rei sitae* pourrait être compétente pour déterminer si l'apport est translatif de propriété, car elle ne peut invoquer une aptitude théorique à régir l'apport que dans la mesure où celui-ci affecte le régime des biens, c'est-à-dire où il emporte transfert de propriété. C'est donc seulement lorsque la première question est résolue dans un sens affirmatif que la *lex rei sitae* peut invoquer un principe de compétence. Il est en conséquence impossible de lui soumettre la détermination d'une question à laquelle sa compétence est subordonnée (1).

On pourrait cependant songer à faire valoir en faveur de l'extension de la compétence de la *lex rei sitae* en matière immobilière à l'ensemble de l'apport en société, la tendance de la

162. — (1) C'est à cette solution qu'aboutit M. Niboyet (*Traité*, t. IV, n° 1162 bis, p. 263-264).

L'éminent auteur distingue en effet le principe du transfert de propriété de ses modalités puisqu'il déclare : « les apports immobiliers à une société sont en droit français translatifs et, dès lors soumis aux règles de la propriété immobilière. Le contrat d'apport prend le caractère d'un acte translatif. Par son seul effet (árt. 1138 C. Civ.) la société se trouve propriétaire, et, à l'égard des tiers, la publicité de la loi de 1855 doit être faite. Supposons une société constituée selon une loi étrangère qui ne considère pas que les apports soient transférés. La condition posée par l'art. 1138 n'existant pas, l'immeuble demeurera à celui qui a fait l'apport. Il en sera encore ainsi des sociétés, qui, dans un pays étranger ne sont pas des sujets de droit. L'apport qui leur sera fait ne pourra être translatif, faute de l'existence d'un propriétaire ».

jurisprudence et de la majorité de la doctrine à soumettre à la loi de situation les contrats relatifs aux immeubles, et notamment la vente d'immeubles (2).

Or, bien que sa nature ait été fréquemment contestée il semble que l'apport en société, tel qu'il est conçu en droit français, c'est-à-dire avec son caractère translatif de propriété est une véritable vente. En effet, la société qui possède la personnalité morale, présente les qualités d'un acheteur et le seul fait que le prix soit versé sous forme d'actions ne saurait retirer à l'opération le caractère d'une vente. Ne peut-on dès lors en matière immobilière étendre la solution donnée pour la vente à l'apport en société et lui appliquer la *lex rei sitae* ?

Comme nous l'avons vu, la *lex rei sitae* ne peut prétendre poser le principe du caractère translatif de l'apport, mais une fois ce principe posé, on pourrait songer à affirmer que les conditions de l'apport, même non relatives au transfert de propriété doivent être soumises à la loi de situation.

Une semblable extension du domaine de la *lex situs* serait à notre avis abusive. Elle méconnaîtrait en effet la portée exacte de la solution donnée par la jurisprudence relativement à la vente d'immeubles. Nos tribunaux n'admettent la *lex rei sitae* qu'à titre supplétif, sa compétence étant limitée à l'hypothèse où les parties n'ont pas exprimé de volonté contraire. Les contractants conservent donc une certaine autonomie. L'application de ces principes en matière de sociétés conduirait le plus souvent au choix exprès par les parties de la loi de la société.

D'autre part, en pratique, l'admission de la compétence exclusive de la *lex rei sitae* ne conduirait à des solutions satisfaisantes que dans la mesure où il existe une certaine communauté entre les dispositions de la loi de la société et de la loi de situation. En France les conditions et les effets de l'apport sont plus ou moins directement influencés par le fait qu'il est translatif de propriété. C'est ce dernier caractère qui confère à l'apport l'essentiel de son particularisme et qui constitue l'élément principal servant de base

162. — (2) V. en ce sens : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, note au D.P. 1931.2.33; N.BOYET, *Répertoire de droit international*, V° Autonomie de la volonté, n° 63; BATIFFOL, *Les Conflits de lois en matière de contrats*, n° 122, p. 108-109 : « Cette solution a l'avantage considérable de supprimer les difficultés de la distinction entre le domaine du statut réel et celui de la loi d'autonomie. Elle se recommande par la considération que l'attention des parties a nécessairement été attirée sur le fait que l'immeuble était un rattachement plus fort qu'aucun autre ; c'est le seul rattachement nécessaire, nous l'avons vu. Et, en fait, l'immeuble, soit par l'inspection des lieux et la rencontre des parties, soit par l'utilisation qu'en projette l'acquéreur, sera normalement le centre réel et naturel de leurs intérêts relatifs à l'opération. On peut ajouter qu'il localise l'exécution principale du contrat ».

à son individualisation. Dans ces conditions, si l'on applique les conditions de la loi française, *lex rei sitae*, à l'apport en société d'un immeuble qui d'après la loi du siège social n'est pas translatif de propriété, elles ne cadreront pas avec le principe posé par cette dernière loi.

La jurisprudence française n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Mais la jurisprudence américaine a eu l'occasion d'écarter la compétence de la *lex rei sitae* pour régir les conséquences de l'apport d'un fonds de commerce en société dans l'affaire Robinson c/ Suburban Brick C°.

Il s'agissait en l'espèce de déterminer la loi régissant l'engagement de non rétablissement de l'apporteur en société d'un fonds de commerce. Un fabriquant de briques dont le fonds était situé en Ohio, l'avait apporté à une société fondée en Virginie de l'Ouest. La juridiction américaine a décidé que son engagement de non établissement ne devait pas être régi par la loi de l'Ohio, mais par celle de la Virginie de l'Ouest, parce qu'il n'avait pas vendu son terrain, mais simplement son fonds et que son engagement personnel avait été pris en Virginie de l'Ouest. M. Batiffol qui rapporte l'arrêt (3), pense qu'il faut voir surtout dans cette solution une application de l'idée que l'apport en société détruit l'individualité du fonds apporté et que l'opération, étant en réalité l'ahésion à la société doit être gouvernée par la loi de cette dernière.

C'est, à notre avis cette explication qui rend le mieux compte de la situation créée par l'apport en société. Elle permet d'écarter la *lex rei sitae*, qu'il s'agisse de l'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce de toutes les matières étrangères aux conditions et aux modalités du transfert de propriété.

163. — Pour ce qui est au contraire de la compétence législative en matière de transfert de propriété du bien faisant l'objet de l'apport, on doit nécessairement admettre l'application de la *lex rei sitae* qui est d'ailleurs universellement reconnue. En conséquence le transfert de prporiété d'un immeuble situé en France s'opèrera entre l'apporteur et la société par la seule volonté des parties conformément au principe de l'article 1138 du Code Civil parce que la loi française *lex rei sitae* en décide ainsi. A l'égard des tiers il sera nécessaire de recourir aux formalités de publicité de la loi du 23 mars 1855 (1).

De même si l'objet de l'apport est un fonds de commerce c'est à la *lex rei sitae* qu'il appartient de régir le transfert de propriété.

162. — (3) Cf. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 131, p. 117, note 2.

163. — (1) V. en ce sens NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1162 bis, p. 263.

En conséquence, si le fonds de commerce apporté est situé en France, les conditions de la loi française devront être remplies. On devra donc décider que, dans les rapports entre les parties, la propriété du fonds est transmise par le seul effet de la convention (art. 1138 C. C.), mais que, à l'égard des tiers l'apporteur et la société devront se conformer aux prescriptions posées par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 (2).

Toutefois, il convient de remarquer que l'application de la *lex rei sitae* pourra parfois être délicate lorsque le fonds apporté revêt lui-même un caractère international du fait que ses divers éléments sont disséminés sur le territoire de plusieurs Etats. Il n'y a pas en effet, de loi du fonds de commerce possédant un domaine d'application extraterritorial, et il faut ici appliquer les solutions que commande le plus pur territorialisme. En conséquence les conditions de la loi française, et, notamment les formalités de publicité de la loi de 1909 ne seront requises que pour les éléments du fonds situés en France. Comme le fait remarquer très justement M. Niboyet : « En définitive et pour un fonds international les intéressés auront à se conformer, au point de vue de l'effet translatif et de l'opposabilité aux tiers, à autant de lois qu'il y aura d'établissements dans des pays distincts, avec toutes les conséquences qui en résultent. A défaut de la publicité prescrite par la loi française, la vente sera donc, pour les éléments de France inopposable aux créanciers, de telle sorte que l'acquéreur selon l'art. 3 *in fine* ne sera pas libéré à l'égard des tiers s'il a eu l'imprudence de verser son prix et le fonds demeurera le gage des créanciers du vendeur » (3).

De même, M. Niboyet pense que les exigences de la loi territoriale devront être satisfaites si l'apport en société ne porte que sur une succursale du fonds, car la succursale se dissocie juridiquement autant qu'économiquement de l'établissement principal. En conséquence, si la succursale apportée est située en France la publicité de la loi de 1909 devra être effectuée au lieu de fonctionnement de la succursale, mais notre loi dont le domaine d'application est strictement territorial puisque sa compétence est fondée sur son caractère de *lex rei sitae* ne saurait édicter aucune mesure de publicité au siège principal du fonds de commerce situé à l'étranger. Par contre, lorsque le fonds de commerce possède son siège principal

163. — (2) L'article 3 de la loi du 17 mars 1909 modifié par la loi du 31 juillet 1913, al. 1, dispose : « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous conditions ou sous la forme d'un autre contrat, *ainsi que toute mise en liberté*, ou toute attribution du fonds de commerce par partage ou licitation sera, dans la quinzaine de sa date publiée à la diligence de l'acquéreur ».

163. — (3) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1285, p. 647.

en France, M. Niboyet estime que, même au cas d'apport de la seule succursale située à l'étranger la publicité prévue par la loi de 1909 doit être effectuée au siège principal et se superposer à la publicité locale éventuellement prévue par la loi étrangère de la succursale.

Dans le but d'étendre l'efficacité de la publicité et de l'adapter aux besoins du commerce international l'éminent auteur est donc conduit à tempérer sur ce point ce que pourrait avoir d'excessif l'application d'un territoralisme trop strict. On peut se demander si la difficulté ne provient pas de l'absence d'une loi du siège possédant une unité et une extraterritorialité suffisantes pour assurer l'homogénéité entre les différents éléments du fonds quel que soit le lieu de leur situation. Mais, même en présence d'une telle loi il serait difficile, pour ne pas dire impossible, d'admettre ici l'unité législative. En effet, la loi de la société, doit elle-même s'incliner en matière de transfert de propriété devant la territorialité du droit. A plus forte raison, la loi du fonds de commerce, à supposer qu'il soit possible d'en admettre l'extraterritorialité en dépit de l'absence de personnalité morale du fonds de commerce, devrait nécessairement en ce domaine céder le pas à la *lex rei sitae*.

La recherche de la loi applicable à l'apport en société permet donc d'aboutir à la conclusion suivante :

La loi de la société est compétente pour décider si l'apport est ou n'est pas translatif de propriété. La *lex rei sitae* est compétente pour fixer, dans l'affirmative les conditions du transfert de propriété.

C'est en fonction du principe de compétence ainsi dégagé que l'on doit rechercher la solution des conflits de lois auxquels donne naissance la vérification des apports en nature et des avantages particuliers.

Section II

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA VÉRIFICATION DES APPORTS EN NATURE

164. — Les législateurs des différents pays comptent parmi leurs préoccupations essentielles celle d'éviter une surévaluation des apports en nature qui risquerait d'être préjudiciable aux souscripteurs en numéraire et aux créanciers sociaux.

A raison de ce but commun, la détermination de la loi applicable ne revêtirait qu'un intérêt purement spéculatif si le particularisme des moyens techniques employés par les différents droits des sociétés ne conférait à la solution du problème de compétence législative une importance certaine sur le terrain pratique.

Il existe en effet des divergences très nettes entre les divers systèmes de vérification des apports en nature, divergences que fait apparaître l'examen juxtaposé des principales dispositions des législations française, allemande et anglaise.

Le système Français de vérification des apports en nature dans les sociétés par actions est lié à la responsabilité limitée et au désir de protéger les apporteurs en numéraire. Il se caractérise par la réunion de deux assemblées générales. Une première assemblée nomme des commissaires aux apports chargés d'apprécier la valeur des apports en nature, commissaires dont on s'est efforcé d'augmenter les garanties de compétence et d'impartialité (d.-l. du 8 août 1935 et du 31 août 1937). Les commissaires ainsi nommés rédigent un rapport qui doit être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée. Cette seconde assemblée statuant à des conditions particulières de quorum et de majorité accepte ou rejette les apports. Une responsabilité civile est édictée à la charge des associés dont les apports n'ont pas été régulièrement approuvés (art. 42, al. 2 de la loi du 24 juillet 1867).

Dans ce système la vérification des apports en nature est laissée aux associés. Elle apparaît donc comme une opération interne à la société, l'intervention de tout organisme extérieur étant réduit au minimum.

Le système allemand s'inspire de considérations très différentes. La loi allemande exige que les apporteurs fassent eux-mêmes un véritable rapport estimatif de leurs apports.

S'il s'agit d'une constitution *simple*, le comité de direction (Vorstrand) et le conseil de surveillance (Aufsichtsrat) sont chargés de contrôler eux-mêmes la constitution de la société.

Si la constitution est *qualifiée*, le contrôle se fait par l'intermédiaire de commissaires spéciaux, les « Reviseren » qui sont désignés par les Chambres de Commerce. Le résultat de la vérification est consigné dans un rapport circonstancié qui est soumis à l'assemblée générale des actionnaires puis déposé au Bureau du Registre du Commerce. Cette assemblée dont le rôle est sensiblement analogue à celui de la seconde assemblée du système français est convoquée par les soins du Tribunal et se tient sous sa direction.

Le système allemand se caractérise donc par la protection de l'intérêt des tiers et de l'épargne qui est assuré par l'intervention dans la vérification des apports en nature d'organismes extérieurs à la société : les reviseren qui sont des experts professionnels et constituent un organe semi-public et par le contrôle du Tribunal qui s'immisce de ce fait dans la constitution de la société.

Quant au système anglais qui fonctionne dans les public companies, il laisse aux apporteurs en nature une grande liberté d'appréciation et oblige seulement la société à une publicité qui permet aux souscripteurs d'actions en numéraire d'être éclairés sur les avantages et les dangers de l'opération financière qu'on leur propose et de souscrire en connaissance de cause. Cette publicité se manifeste par la nécessité pour le promoter de rédiger un prospectus.

La protection des souscripteurs se fait donc par le moyen préventif de la publicité, mais il n'existe aucune organisation légale de la vérification des apports en nature. Fort heureusement la coutume qui joue en droit anglo-saxon un rôle de premier plan est venue pallier à la carence du législateur. Conformément au système coutumier ainsi élaboré la vérification des apports en nature ne s'effectue pas par l'intermédiaire d'organismes publics ou semi-publics, mais par des experts-comptables les « chartered accountants » qui sont groupés en une association privée : le « Royal Institute of chartered accountants ». S'ils ne revêtent pas un caractère officiel leur compétence et leur impartialité sont telles qu'elles garantissent l'exactitude des vérifications et donnent tout apaisement aux souscripteurs en numéraire et aux créanciers sociaux (1).

165. — La diversité des procédés d'évaluation utilisés dans les différents pays rend nécessaire la recherche de la loi applicable.

A notre avis la solution de la compétence législative ne saurait être douteuse en ce domaine, car seule la loi de la société est apte à régir l'évaluation des apports en nature.

On pourrait cependant songer pour les apports immobiliers à faire appel à la *lex rei sitae* et à chercher la justification de sa compétence dans le raisonnement suivant :

L'évaluation des apports en nature revient à une estimation de la valeur de l'immeuble. Elle tend à éviter un déséquilibre entre les prestations respectives des parties au contrat d'apport, déséquilibre qui naîtrait du fait que l'apporteur, par suite de la surévaluation de son apport recevrait un nombre d'actions représentant une somme supérieure à la valeur réelle de l'immeuble. L'évaluation des apports en nature serait donc un moyen d'éviter une lésion.

Dans ces conditions on pourrait songer à relever l'analogie existant entre l'évaluation des apports en nature et la lésion et à en déduire une identité dans la solution de la compétence législative.

164. — (1) Cf. pour l'exposé détaillé des différents systèmes de vérification des apports en nature : E. LAFFARGUE, *La valeur économique des divers procédés d'estimation des apports en nature dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris 1920.

Or, si jusqu'à une époque récente, la jurisprudence considérait la lésion dans la vente d'immeuble comme un effet du contrat de vente et la soumettait en conséquence à la loi d'autonomie, plusieurs décisions récentes, soulignant le lien étroit qui l'unit au régime de la propriété foncière tendent à admettre en ce domaine la compétence de la *lex rei sitae* (1). Pourquoi dès lors ne pas soumettre également à la *lex rei sitae* l'évaluation des apports immobiliers qui touche elle aussi au régime de la propriété foncière ?

Cette solution ne serait pas satisfaisante, car l'analogie que nous avons relevée entre la lésion dans la vente d'immeuble et l'évaluation des apports immobiliers est plus apparente que réelle. Sans doute toutes deux tendent vers un même but : l'équilibre entre les prestations corrélatives des contractants. Mais sous réserve de ce but commun, il existe entre les deux institutions des différences fondamentales qui permettent de douter de l'opportunité d'étendre à l'évaluation des apports en nature la solution de compétence législative admise pour la lésion dans la vente d'immeuble.

Tout d'abord la lésion est une sanction, un moyen curatif l'évaluation des apports en nature est au contraire un moyen préventif.

D'autre part, la compétence de la *lex rei sitae* dans la lésion est fondée sur l'idée qu'il faut protéger la valeur de la propriété foncière française en évitant que les immeubles situés en territoire français se vendent à des prix trop bas. C'est une mesure de défense du sol dont on veut empêcher la dépréciation. La compétence de la *lex rei sitae* est d'ailleurs la conséquence de la projection sur le plan international de l'idée qui a poussé les rédacteurs du Code Civil à sanctionner la lésion dans la vente d'immeubles, puisque seul le vendeur est protégé (2).

Or, le danger auquel on cherche à remédier par une juste évaluation des apports en nature est tout différent. Il ne s'agit pas d'empêcher une dépréciation de la propriété foncière, mais d'éviter que l'immeuble apporté ne soit estimé au-dessus de sa juste valeur.

L'évaluation des apports en nature tend donc à assurer non pas la protection de l'apporteur, mais celle de l'autre contractant, la société en formation, et encore s'agit-il en ce domaine beaucoup moins de la protection de la société elle-même que de celle des souscripteurs en numéraire et des créanciers sociaux.

Or, la compétence de la *lex rei sitae* ne leur assurerait qu'une garantie relativement faible, car elle aurait pour effet de soumettre

165. — (1) V. en ce sens : Cass. Req. 29 juin 1931 (Revue de Droit International Privé 1932, p. 295 ; S.1932.1.289) ; Cour de Paris 9 février 1931 (S. 1931.2.415 note E. Audinet ; D. 1931.2.33 note Lerebours-Pigeonnière).

165. — (2) V. en ce sens NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1158, p. 243-244.

au système français d'évaluation des apports en nature les seuls immeubles situés en France. Or, le danger d'une surévaluation est pour eux tout aussi considérable lorsqu'elle porte sur des immeubles possédés par la société à l'étranger. On peut même dire que le péril qu'encourent les souscripteurs et les créanciers français est plus grand, car ils peuvent moins facilement se rendre compte de la valeur exacte d'un immeuble situé en territoire étranger que de celle d'un bien situé en France.

La compétence de la *lex rei sitae* doit donc, même pour les immeubles être écartée de façon radicale car elle ne repose pas sur des principes juridiques ayant une force suffisante pour la justifier et elle n'aboutit pas à protéger les souscripteurs en numéraire et les créanciers sociaux de façon suffisamment efficace.

166. — Dans ces conditions la loi de la société doit seule être prise en considération. Sa compétence apparaît d'ailleurs tout à fait normale, car la vérification des apports en nature et des avantages particuliers est une des conditions de constitution de la société. Comme telle elle rentre dans le cadre de la constitution et il serait arbitraire de la dissocier des autres formalités de constitution en la plaçant sous l'empire d'une loi différente.

D'autre part, elle aboutit à la solution la plus simple et la plus équitable. En effet, elle permettra à la société de procéder en une seule fois à l'évaluation de tous les apports en nature qui lui ont été faits. On imagine sans peine les difficultés inextricables auxquelles se heurteraient les fondateurs s'ils étaient contraints de se soumettre à des procédés techniques différents selon la situation des biens apportés. D'ailleurs chaque système local est le reflet d'une psychologie propre et n'est conçu que pour les sociétés nationales. C'est ainsi que le système allemand prévoit le contrôle par le tribunal, de l'assemblée générale des actionnaires qui statue sur les apports en nature. Ce contrôle n'est concevable que dans la mesure où le siège social de la société est situé en Allemagne.

A supposer même qu'il soit pratiquement possible de procéder à la vérification des apports en nature en fonction de la situation des biens apportés, c'est-à-dire de soumettre l'évaluation à la loi locale, on romprait nécessairement l'unité de l'évaluation et on risquerait d'aboutir à des solutions contraires à l'équité. En effet, dans chaque pays les organismes chargés d'évaluer les apports en nature pourraient procéder à cette estimation en la fondant sur des bases différentes. Or, l'estimation des apports doit être exacte, non seulement en valeur absolue, mais aussi en valeur relative, c'est-à-dire par rapport à l'évaluation des autres biens apportés à la société

Pour ces différentes raisons la compétence normale de la loi de la société ne saurait être sérieusement contestée. Toutefois, il est permis de se demander si l'intérêt des souscripteurs en numéraire et des créanciers sociaux ne commande pas de revenir à la compétence exceptionnelle de la loi française lorsque la loi de la société fait preuve d'une carence à peu près totale en ce domaine et ne confère aucune garantie.

Cette hypothèse sera d'ailleurs très rare, car tous les législateurs ont cherché à éviter la surévaluation des apports en nature et ont pris des mesures en ce sens. La différence des moyens techniques employés pour atteindre ce but ne saurait justifier ici l'intervention de l'exception d'ordre public d'autant plus que l'on admet communément que le système français est loin de la perfection et que les systèmes anglais et allemand lui sont très supérieurs (1).

Cependant, certains pays, comme l'Espagne laissent aux fondateurs une liberté à peu près absolue. Dans ces conditions les souscripteurs français de titres espagnols et les créanciers français risquent de se trouver lésés par l'application de la loi espagnole.

Toutefois, le meilleur moyen d'assurer leur protection ne réside pas, à notre avis dans le retour à la compétence de la loi française à titre de *lex fori,* car on ne saurait, sans risquer d'entraver le commerce international assujettir une société étrangère à l'obligation de procéder conformément à la loi française à l'évaluation de ses apports en nature, sous prétexte qu'elle émet une partie de ses titres en France ou y effectue des opérations.

La solution doit être plus nuancée. On peut seulement exiger de la société étrangère la déclaration de la valeur des apports et mettre en cause, le cas échéant la responsabilité des fondateurs.

C'est donc dans une publicité suffisamment complète que réside le moyen de concilier l'application de la loi étrangère de la société avec la protection de l'épargne française.

Malheureusement l'étude de la publicité des sociétés étrangères révèle la carence à peu près totale de notre droit en ce domaine.

---

166. — (1) Cf. sur les imperfections du système français de vérification des apports en nature en dépit des modifications des décrets-lois des 8 août 1935 et 31 août 1937 le rapport de M. A. Amiaud au Bulletin de la société d'Etudes Législatives 1937, p. 77 et s.

CHAPITRE III

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS

167. — Avec la publicité des sociétés, nous abordons l'étude d'une matière intéressante par l'incidence qu'elle exerce sur la solution des conflits de lois. En effet, nous avons vu que l'unité du statut juridique de la société commandait l'application la plus large possible de la loi du siège social et que cette application se heurtait parfois à des obstacles dont le principal est l'intérêt des tiers contractant avec la société. C'est en effet, le plus souvent, la protection des créanciers nationaux qui conduit les pays sur les territoires desquels la société fait des opérations, à abandonner la compétence de la loi de la société pour celle de la *lex fori*.

On pourrait certes rétorquer que les tiers ne sauraient être lésés par l'application de la loi de la société, car ils devaient savoir, au moment où ils ont contracté, qu'ils le faisaient avec une société étrangère soumise à une loi étrangère. Mais précisément, pour qu'ils puissent le savoir, il est nécessaire qu'une certaine publicité intervienne en France, publicité qui aurait le double avantage d'assurer aux tiers français une sécurité plus grande en les mettant à l'abri de toute surprise postérieure à la conclusion du contrat, et de généraliser la compétence de la loi de la société en détruisant un des principaux obstacles qui s'opposent à son application.

Or, il n'en est malheureusement rien ou, tout au moins, la publicité à laquelle sont assujetties les sociétés étrangères en France est purement fragmentaire, car elle concerne seulement soit les sociétés étrangères possédant des succursales en France, soit les société émettant des titres sur le marché français, ces émissions étant soumises à certaines formalités de publicité soumises à la loi française (1).

Il convient donc d'étudier tout d'abord le principe de compétence de la loi de la société, puis de voir dans quelle mesure on superpose à la publicité de la loi étrangère de la société une publicité soumise à la loi française.

167. — (1) L'étude de la publicité de l'émission, publicité spéciale qui tend à protéger non les tiers mais les souscripteurs, a été faite à propos des conditions de l'émission. Elle ne sera donc pas reprise ici.

Section I

DU PRINCIPE QUE LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS EST SOUMISE A LA LOI DU SIÈGE SOCIAL

168. — Il est de jurisprudence constante que la publicité est régie par la loi de la société, et qu'en conséquence les formalités de publicité prévues par la loi de 1867 ne sont pas applicables aux sociétés étrangères.

Nos tribunaux ont eu l'occasion de l'affirmer dans plusieurs espèces. C'est ainsi que le Tribunal Civil de Lille, dans son jugement du 13 juin 1897, a statué en ce sens (1).

Il s'agissait en l'espèce d'une société belge d'assurance « La Garantie » qui effectuait des opérations en Franc.e Un des assurés prétendit exciper des dispositions de la loi de 1867 pour demander la nullité de la société. Le Tribunal Civil de Lille refusa de faire droit à sa demande en faisant remarquer que la société était assujettie, quant à la publicité, uniquement aux dispositions de la loi de son siège social : « Une société étrangère régulièrement constituée d'après sa loi d'origine (en l'espèce la loi belge) est par là même habilitée à faire valablement en France des opérations accidentelles ou continues ; elle n'a pas à se soumettre aux règles établies par la loi française pour la constitution des sociétés commerciales françaises, ni aux formalités de publicité prescrites par les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 ».

Le Trbunal Civil de Lille fonde d'ailleurs la compétence de la loi de la société sur la règle *locus regit actum*. Cette conception peut, à la rigueur, être exacte dans la mesure où la publicité est uniquement une règle de forme ou de preuve, car, en ce domaine, la compétence de la règle *locus regit actum* n'est guère discutée. Par contre, dans la mesure où la publicité exerçant une influence sur le fond du droit s'intègre dans les règles de fond elles-mêmes, il semble que l'on soit en dehors du domaine d'application de la règle *locus regit actum*. D'autre part, l'application de ce principe justifierait la compétence de la loi du lieu de constitution de la société qui ne coïncide pas nécessairement avec le lieu du siège social.

C'est pourquoi il faut, à notre avis, si l'on veut admettre en ce domaine la compétence exclusive de la loi de la société, en chercher ailleurs la justification. Elle réside en réalité dans le fait que la publicité a, en matière de sociétés comme dans d'autres domaines,

168. — (1) Trib. Civ. Lille, 13 juin 1897 (Journ. Soc. 1899, p. 78).

pour objet de rendre une situation juridique opposable aux tiers. Comme le fait remarquer M. Caleb (2) : « Il est donc normal que la législation internationalement compétente pour régir la publicité soit celle du lieu où, en fait, cette publicité peut remplir sa mission, c'est-à-dire atteindre les tiers intéressés et leur fournir les renseignements dont ils ont besoin de s'entourer pour contracter en toute sécurité ». Dès lors, la compétence de la loi du siège social repose sur la présomption que l'activité principale de la société devant s'exercer en principe dans le pays du siège, les tiers de ce pays sont le plus directement intéressés. Toutefois il y a là une simple présomption qui n'est exacte que dans la mesure où elle correspond à la réalité des faits. C'est pourquoi nous verrons que lorsque la société exerce à l'étranger une partie importante de son activité, il semblerait logique d'admettre dans ce pays la compétence de la loi locale pour régir la publicité, sans préjudice, bien entendu, de la compétence de la loi du siège.

L'utilisation de la règle *locus regit actum* comme fondement de la compétence de la loi de la société n'a d'ailleurs pas été admise d'une façon générale par nos tribunaux, et seul le Tribunal Civil de Lille, dans la décision précitée, lui a accordé ses faveurs.

La Cour de Rabat, dans son arrêt du 7 mars 1923 (3) a d'ailleurs rejeté implicitement la règle : *locus regit actum*. Il s'agissait d'une société dont le siège social se trouvait au Maroc, mais dont l'acte de constitution avait été passé en France. Un des associés prétendait invoquer la nullité de la société, car elle n'avait pas rempli les formalités de publicité prescrites par la loi française, et opposer cette nullité aux créanciers sociaux.

L'application de la règle *locus regit actum* aurait dû conduire la Cour de Rabat à déclarer nulle la société, car la loi normalement compétente pour régir la publicité aurait été celle du pays dans lequel le pacte social avait été passé, c'est-à-dire la loi française.

Or, conformément à la loi française, la société était nulle pour défaut de publication, mais l'inobservation des formalités de publicité ne pouvait être opposée aux tiers, et notamment aux créanciers sociaux.

La Cour de Rabat a, en l'espèce, écarté la compétence de la loi française. Après avoir fondé la « nationalité » de la société sur le lieu du siège social (4) et reconnu le caractère étranger de la

168. — (2) Répertoire de Droit international, de Lapradelle et Niboyet, t. X, 1931, V. Publicité n° 1, p. 343.

168. — (3) Cour de Rabat, 7 mars 1923 (Journ. Soc. 1924, p. 514).

168. — (4) Dans cet arrêt, la Cour de Rabat adopte nettement le siège social comme critère de détermination de la loi applicable. « La nationalité d'une société relève uniquement du pays où elle a son principal établissement,

société, elle a admis que la société ne se trouvait soumise qu'aux formalités de publicité spéciales à la législation du pays où est fixé son siège.

En ce qui concerne la loi applicable aux formalités de publicité, la solution de notre jurisprudence est donc particulièrement nette. La compétence exclusive de la loi de la société étant unanimement admise.

169. — La compétence de la loi de la société doit d'ailleurs, logiquement, s'étendre à la sanction de l'inobservation des formalités de publicité (nullité de la société ou inopposabilité aux tiers. Responsabilité des fondateurs) (1). Il semble, en effet, impossible de dissocier la règle de publicité elle-même de la sanction qui tend à en garantir l'observation. C'est, en effet, en fonction de l'importance que chaque législation attache au respect des règles de publicité qu'elle édicte une sanction adéquate.

Cette extension de la compétence de la loi de la société à la sanction n'a pas toujours été aperçue par nos tribunaux avec toute la netteté désirable, et l'on peut noter, dans certaines décisions, une tendance regrettable à appliquer sur ce point les dispositions de la loi française.

Le problème ne s'est pas posé relativement au principe même de la nullité. Il est certain que c'est à la loi de la société qu'il appartient de décider si l'on doit ou non prononcer la nullité de cette dernière. La solution du conflit de lois n'est pas douteuse, la seule difficulté qui se présente en cette hypothèse est relative à la compétence juridictionnelle (2).

sans qu'il y ait lieu de tenir compte, soit du lieu où est formée la convention, soit de la volonté et de l'intention des fondateurs, soit même, quand il s'agit d'une société en nom collectif, de la nationalité de ses membres, celle-ci pouvant, en cas de doute seulement, contribuer à déterminer la nationalité de la société dont ses membres font partie. »

Il faut remarquer que la Cour de Rabat, abusée par le concept de nationalité, introduit ici le contrôle dans un domaine où il n'a rien à voir : celui du conflit de lois.

169. — (1) La responsabilité des fondateurs sera traitée en même temps que celle des organes sociaux.

169. — (2) En principe, seuls les tribunaux du pays de la société peuvent en prononcer la nullité ou l'irrégularité, et le jugement doit avoir effet de plein droit en France. En effet, comme le fait remarquer M. Hémard, « les tribunaux français seront tenus d'accepter les décisions rendues à ce sujet par les tribunaux étrangers compétents. La nullité ou l'irrégularité forme un état, et une fois établi l'état est un, il est ou il n'est pas, il doit être partout identique et il constitue un droit acquis ». (Cf. Hémard, *op. cit.* n° 346).

Mais les tribunaux français peuvent-ils, en se référant aux dispositions de la loi de la société, constater l'irrégularité d'une société étrangère ? La jurisprudence française est en sens contraire : Pau, 20 février 1870 (S. 1870.2. 139) ; Paris, 12 mai 1881 (Journ. Soc. 1882, p. 255) ; Orléans, 29 décembre 1904 (Revue de dr. Intern., 1905, p. 260). Cette position jurisprudentielle, vive-

Par contre, la tendance de la jurisprudence à revenir à la compétence de la *lex fori* se manifeste lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de cette nullité, et notamment la détermination des personnes auxquelles elle est opposable.

De tout temps, la conception traditionnelle du droit français a été l'inopposabilité de la nullité pour défaut de publicité par les associés aux tiers. Cette solution a été consacrée par le décret du 30 octobre 1935 et le nouvel article 58 dispose :

« L'inobservation des formalités de dépôt et de publicité, prescrites aux articles précédents, entraînera la nullité de la société sous réserve des régularisations prévues par l'art. 8. Toutefois les associés ne pourront se prévaloir vis-à-vis des tiers de cette cause de nullité ».

La nullité pour défaut de publicité est donc une nullité *sui generis* et, si les associés peuvent s'en prévaloir dans leurs rapports respectifs, ils ne peuvent en aucun cas l'opposer aux tiers.

Cette conception de la nullité doit être inapplicable aux sociétés étrangères. Cependant la Cour de Rabat, dans son arrêt du 7 mars 1923, semble bien s'y être référée. En effet, après avoir affirmé que la société ayant son siège social au Maroc n'avait pas à se conformer aux prescriptions de la loi française relatives à la publicité, elle ajoute : « A supposer d'ailleurs que la société ait été soumise à une publicité quelconque, la nullité résultant de l'inobservation de cette formalité ne saurait être opposée aux tiers et notamment aux créanciers sociaux ».

Or cette affirmation péremptoire n'est exacte que dans la mesure où la loi marocaine en vertu de laquelle la société aurait été astreinte à certaines formalités de publicité aurait prévu comme sanction de leur inobservation la nullité de la société et l'inopposabilité de cette nullité par les associés aux créanciers sociaux. La loi marocaine ne prévoyant aucune formalité de publicité, il était difficile de savoir quelle aurait été sa position relativement à l'étendue de la nullité si elle avait adopté la solution contraire. Il semble donc qu'en affirmant qu'en tout état de cause les associés n'auraient pu opposer la nullité aux tiers, la Cour de Rabat se soit référée à tort à la loi française (3).

ment critiquée par M. Hémard (*op. cit.* n° 324) présente de graves inconvénients. Elle oblige, en effet, le tribunal français à renvoyer les plaideurs devant le tribunal du siège social. Il serait plus commode de permettre au tribunal français d'apprécier la régularité de la constitution de la société, à condition, bien entendu, qu'il effectue cette appréciation en fonction non de la lex fori, mais de la loi de la société.

169. — (3) Il peut sembler cependant anormal que lorsque la loi de la société donne aux associés le droit d'opposer aux tiers la nullité de la société, ceux ci puissent en profiter pour l'opposer aux revendications des créanciers

Sous réserve de cette restriction, à laquelle il ne faut d'ailleurs pas attacher une importance exagérée, car la Cour de Rabat a pris parti sur la question uniquement dans les motifs de l'arrêt, le problème ne se posant pas à elle directement, on peut dire que le principe est que la publicité des sociétés est soumise toute entière à la loi du siège social.

Nous avons déjà souligné l'inconvénient principal de ce système : l'insuffisance de la protection qu'il assure aux créanciers étrangers qui contractent avec la société. Ces derniers se trouvent, en effet, faute de publicité organisée dans le pays sur le territoire duquel ils traitent, ignorer les dispositions du statut juridique de la collectivité co-contractante. Ce défaut de publicité exerce d'ailleurs une incidence sur la solution des conflits de lois relatifs aux sociétés, car il conduit fréquemment le législateur, dans un désir légitime de protection des créanciers nationaux, à substituer la compétence de la loi locale qu'ils connaissent bien à celle de la loi de la société dont ils n'ont pas été à même de prendre connaissance.

170. — Pour remédier à cet état de choses, deux solutions apparaissent théoriquement possibles : organiser sur le plan international une publicité soumise à la loi de la société, cette publicité ayant un effet extraterritorial et un retentissement suffisants pour que les tiers qui contractent avec la société en dehors du pays du siège social ne puissent l'ignorer ; tenir compte du caractère strictement territorial de la publicité organisée par la loi du siège, et lui superposer à l'étranger une publicité soumise à la loi locale.

Entre ces deux systèmes, aucune hésitation n'est possible. En effet, l'idée d'une publicité générale possédant une portée d'application extraterritoriale se heurte à des obstacles tels qu'il semble difficile de la faire sortir du domaine de l'utopie.

Elle est en contradiction avec le caractère strictement territorial de la publicité et suppose, de la part des différents Etats sur le territoire desquels la société étrangère vient effectuer des opérations, une abdication de souveraineté difficilement concevable.

D'ailleurs, une telle abdication fût-elle librement consentie, l'extraterritorialité de la loi de la société en matière de publicité se heurterait encore à des difficultés insurmontables dont la

français. Ces derniers ne se trouvent-ils pas lésés par l'application de la loi de la société puisque les associés les tiennent à leur discrétion ? Pour éviter une semblable situation, on pourrait concevoir que l'on fasse appel à l'ordre public pour revenir à la compétence exceptionnelle de la lex fori. Toutefois, on envisage difficilement le jeu de l'ordre public par suite de la compétence exclusive des tribunaux du siège en matière de nullité et de la reconnaissance de plein droit à l'étranger des effets du jugement prononçant la nullité (Cf. Hémard, *op. cit.* n° 348).

principale réside dans le défaut de communauté juridique des différents systèmes nationaux d'organisation de la publicité. Certains modes de publicité supposent, en effet, l'existence d'institutions qui ne se rencontrent pas dans tous les pays. C'est le cas notamment du registre du commerce. Si, par exemple, la loi allemande ordonnait que les sociétés allemandes effectuant des opérations à l'étranger soient inscrites au registre du commerce de ces pays, l'application d'une telle mesure de publicité serait rigoureusement irréalisable dans les pays qui ignorent l'institution du registre du commerce. On serait alors obligé de recourir, dans ces pays, à des succédanés qui rendraient vaine la tentative d'unité de la publicité que l'on cherche à réaliser au moyen de la compétence extraterritoriale de la loi de la société.

Enfin, il faut remarquer qu'une semblable compétence serait contraire au but que l'on se propose d'atteindre par la publicité. Il ne s'agit pas, en effet, de protéger la société, mais les tiers qui contractent avec elle. C'est donc à l'Etat dont ces tiers sont les ressortissants de prendre les mesures propres à les protéger et d'organiser sur son territoire la publicité des sociétés étrangères, afin que ses nationaux ne risquent pas d'être induits en erreur.

Pour ces différentes raisons, l'existence d'une publicité unique soumise à la loi de la société et prolongeant ses ramifications à l'étranger ne pourrait se concevoir de *lege lata* que dans la mesure où tous les systèmes de publicité seraient analogues ; mais alors cette identité ferait disparaître l'intérêt de la solution de la compétence législative.

En droit positif, il faut donc se tourner vers la seconde solution : l'organisation par chaque Etat d'une publicité régie par la loi locale et s'appliquant aux sociétés étrangères.

Ceci ne saurait d'ailleurs signifier que la *lex fori* doit, en matière de publicité, être substituée à la loi de la société. Une telle affirmation ne serait vraie que s'il y avait véritablement conflit entre elles. Or il ne s'agit pas ici d'un conflit de lois à proprement parler. La notion de conflit de lois implique, en effet, l'idée d'une opposition entre deux lois dont l'une triomphe tandis que l'autre s'efface. Ici, il ne s'agit pas de supprimer la compétence de la loi de la société en matière de publicité. La publicité organisée par la loi du siège social dans les limites de l'Etat sur le territoire duquel la collectivité a pris naissance pose un problème de pur droit interne qui ne nous intéresse pas en tant que tel. Il s'agit non de substituer, mais de superposer à cette publicité organisée par la loi du siège social, et qui ne protège pratiquement que les tiers ressortissant au pays de la société, une publicité organisée par la loi locale de chacun des pays sur le territoire desquels la société effectue des opérations.

Sur le terrain des principes juridiques, rien ne s'oppose à l'organisation de cette dernière publicité. La compétence de la loi de la société ne saurait constituer un obstacle à celle de la loi locale, car leur domaine d'application dans l'espace est différent à raison du caractère strictement territorial de chaque publicité.

C'est donc sur le terrain de l'opportunité que l'on peut juger de la nécessité d'une publicité organisée par la *lex fori* et s'appliquant aux sociétés étrangères.

On peut faire valoir contre elle qu'elle a pour conséquence de soumettre les sociétés étrangères faisant des opérations en France à des formalités souvent compliquées et ennuyeuses, et risque, en conséquence, de les décourager et de les détourner de l'Economie française.

Dès lors la position du législateur local serait dictée par les nécessités de la politique économique. Si l'Etat a besoin, pour la prospérité de son économie, de l'apport des sociétés étrangères, il sera disposé à faire le maximum pour favoriser leur expansion. Si, au contraire, l'économie nationale a un besoin moins urgent des sociétés étrangères, l'Etat cèdera moins volontiers à leurs desiderata et prendra davantage en considération la protection des créanciers nationaux.

Toutefois, il ne faut pas s'exagérer l'influence de la politique économique sur l'organisation de la publicité. L'assujettissement des sociétés étrangères à certaines formalités de publicité n'est pas suffisant pour les faire déserter les marchés français. Il suffirait d'ailleurs, pour éviter une semblable désaffection d'organiser une publicité qui, tout en demeurant efficace, soit suffisamment simple pour ne pas constituer une gêne pour la société étrangère qui y est assujettie. D'autre part, si la société étrangère trouve en France un débouché intéressant permettant à son activité de s'exercer de façon permanente, elle supportera allègrement les désagréments que lui cause l'exigence d'une publicité.

C'est pourquoi il semble nécessaire d'établir une distinction entre les sociétés qui font en France des opérations d'une façon accidentelle et celles qui y exercent une activité continue (1). L'intérêt des tiers commande certes d'exiger dans tous les cas une certaine publicité. Mais encore faut-il qu'elle soit justifiée par l'importance de l'activité de la société étrangère dans notre pays.

170. — (1) La Jurisprudence française ne fait pas de distinction et décide que, dans les deux cas, la société étrangères n'est soumise qu'aux formalités de publicité exigées par la loi du siège social. Cf. en ce sens, Trib. civ. Lille, 13 juin 1897 précité : « Une société étrangère régulièrement constituée d'après sa loi d'origine est, par là même, habilitée à faire valablement en France des opérations *accidentelles ou continues*. Elle n'a pas à se soumettre... aux formalités prévues par la loi du 24 juillet 1867 ».

C'est pourquoi c'est seulement pour les sociétés étrangères effectuant en France des opérations fréquentes ou y exerçant une activité continue que la *lex fori* doit intervenir et exiger la superposition aux règles de publicité de la loi de la société des formalités de publicité spéciales.

Le droit français s'inspire cependant d'un critère différent. Il lie l'exigence de la publicité à l'établissement, par la société, d'une agence ou d'une succursale en France. C'est donc seulement dans ce cas que la *lex fori* intervient. Dans une seule hypothèse sa compétence est plus étendue : au cas d'émission par la société étrangère de titres sur un marché français, parce que la crédulité et l'inexpérience des épargnants nécessite une protection plus intense. C'est cette double exception à la compétence exclusive de la loi de la société qu'il faut envisager maintenant.

Section II

LE DOMAINE DE LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU FOR EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ

171. — Les graves inconvénients révélés par l'absence de publicité des sociétés étrangères en France ont conduit le législateur français à astreindre les sociétés étrangères, établissant une agence ou une succursale en France, à des formalités de publicité spéciales édictées par l'article 9 de la loi de 1919 modifiée et complétée par l'art. 4 du décret-loi du 30 octobre 1935.

La publicité organisée par la *lex fori* résulte donc de textes spéciaux applicables expressément aux sociétés étrangères. La promulgation de cette législation spéciale a été rendue nécessaire par la position adoptée par la jurisprudence française relativement au domaine d'application des règles de publicité posées par la loi de 1867.

En France on admet que les formalités de publicité des art. 55 et suivants de la loi de 1867 ne s'appliquent qu'aux sociétés françaises. Cette conception se rattache à l'idée de statut personnel qui entraîne comme conséquence que toute société établissant une succursale à l'étranger n'est soumise qu'aux règles de publicité édictées par la loi de son siège social (1).

171. — (1) Cf. en ce sens : Weiss, *Traité*, p. 725; Surville et Arthuys, *Traité*, n° 466; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 1120; contra Hémard, *op. cit.*, n° 364.

Cf. également en jurisprudence : Cass. 16 juin 1885 (D. 1885.1.153); 17 juillet 1889 (D. 1904.1.225); contra : Rouen, 25 janvier 1905 (Journ. Soc. 1906, p. 74).

Plusieurs pays étrangers se sont ralliés à la conception contraire qu'ils justifient par le caractère d'ordre public des lois de publicité. Ils admettent en conséquence, que l'établissement par une société étrangère d'une succursale sur leur territoire entraîne pour elle l'obligation de remplir les formalités de publicité auxquelles les sociétés indigènes sont soumises (2).

Cette controverse, autrefois très vive, a aujourd'hui perdu une grande partie de son intérêt par suite de la promulgation en France de textes spéciaux relatifs à la publicité des sociétés étrangères (3). Elle méritait cependant d'être signalée, car c'est la position de la jurisprudence française qui a obligé notre législateur à combler la lacune qu'elle créait à l'égard des sociétés étrangères (4).

171. — (2) Cf. notamment C. comm. allemand, par. 201, al. 5, Gewerbeordnung de 1891, art. 12. Code de Commerce italien, art. 227 et s. Loi anglaise de 1928. Cass. Belge, 8 décembre 1887 (Belgique judiciaire, 18 mars 1888, p. 360).

171. — (3) PIC et KREHER. *Traité des sociétés*, t. I, n° 260, p. 270 : « Cette controverse qui fut grave tend à perdre de son acuité à raison d'une évolution législative qui se caractérise par un double courant :

a) d'une part survenance de nombreux textes relatifs à la protection de l'épargne française et comportant des mesures constamment renforcées à l'égard des sociétés étrangères (l. de 1907, décrets de 1935 à 1938);

b) d'autre part, importance croissante de l'organisation du registre du commerce avec, là aussi, des exigences particulières de plus en plus rigoureuses à l'égard des étrangers. »

171. — (4) La société étrangère qui établit une succursale en France est soumise à l'immatriculation au registre du commerce. Mais en outre, l'art. 9 de la loi de 1919, modifié par l'art. 4 du décret-loi du 30 octobre 1935, puis par le décret du 12 novembre 1938, impose au directeur de l'agence ou de la succursale un certain nombre d'obligations destinées à compléter la documentation figurant au registre du commerce.

1°) Il doit déposer au Greffe du Tribunal de commerce deux copies sur timbre et non enregistrées de l'acte de société, traduit s'il y a lieu en français, et certifiées conformes par l'autorité compétente étrangère. Comme le fait remarquer très justement M. Solus, cette dernière exigence constitue une heureuse innovation, car en certifiant conforme l'acte de société, l'autorité du pays du siège social pourra être amenée à en affirmer la régularité. (Cf. SOLUS, *La réforme du droit des sociétés*, 1935-1937, n° 46, p. 48).

2°) Produire au greffier une déclaration sur papier timbré en triple exemplaire, signée de lui et contenant toutes les mentions prescrites pour les sociétés françaises par l'art. 6 à l'exception de la référence au journal d'annal d'annonces légales.

3°) Ajouter à la déclaration ses nom, prénom, date et lieu de naissance et renseignements concernant sa nationalité.

Enfin, d'après l'art. 9, al. 3 nouveau, « le dépôt des actes de délibérations ayant pour objet la modification dont l'inscription est requise et des actes constatant la dissolution de la société avant terme », doit être effectué dans les mêmes formes que ci-dessus.

Cf. sur la question, outre l'ouvrage précité de M. Solus : H. BOSVIEUX, *Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales* (Journ. Soc. 1836, p. 577 et s.); HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des sociétés* (7e éd. sup-

D'autre part, le fait que la publicité des sociétés étrangères en France résulte de dispositions spéciales supprime à peu près complètement les problèmes de conflits de lois qui pourraient s'élever relativement à cette publicité.

En effet, cette publicité ne pose pas à proprement parler de problème de conflit de lois puisqu'il s'agit d'une publicité spéciale organisée par la loi française pour les sociétés étrangères. La compétence de la *lex fori* s'impose ici d'une façon d'autant plus évidente qu'elle n'exclut pas la compétence de la loi de la société. Le domaine d'application des deux lois étant différent, rien ne s'oppose au cumul des deux publicités.

172. — Toutefois, si la solution de la compétence législative ne soulève pas de difficultés, il n'en résulte pas que l'organisation de la publicité locale soumise à la *lex fori* soit dénuée de tout intérêt au point de vue du droit international privé. Elle soulève un double problème de qualification.

En effet, la société étrangère n'est soumise à la publicité de la loi française que si elle établit en France une agence ou une succursale. Or la notion de succursale peut ne pas être rigoureusement identique dans les différents systèmes juridiques. Dès lors, la question se pose de déterminer la loi compétente pour apprécier si l'on se trouve en présence d'une véritable succursale justifiant l'exigence des formalités de publicité de la loi française.

D'autre part, une des pièces maîtresses de la publicité organisée par la loi française est l'immatriculation de la société étrangère au registre du commerce. Or, seules les sociétés commerciales peuvent y être inscrites. L'application à la société étrangère des règles de publicité prévues par la loi française est donc nécessairement subordonnée à la détermination préalable du caractère civil ou commercial de cette société. Dès lors, le problème se pose de savoir selon quelle loi on devra qualifier la nature de la société étrangère.

Ces deux qualifications doivent, à notre avis, être données par la *lex fori* dont la compétence doit, dans l'un et l'autre cas, s'imposer au détriment de celle de la loi de la société.

La compétence de la *lex fori* résulte des principes traditionnellement admis en matière de qualifications. On se trouve, en effet, en présence d'une véritable qualification de droit international, c'est-à-dire d'une qualification préalable à la détermination de la loi compétente, car c'est seulement lorsqu'on aura démontré que la société étrangère est une société commerciale et qu'elle a établi en

plément, p. 227 et s.); Ch. DEFRÉNOIS, *Modifications au régime de la publicité des sociétés* (Répertoire Gén. de notariat 1936, p. 1 et s.); J. ROUSSEAU, *La publicité des sociétés et le décret-loi du 30 octobre* 1935 (Sem. Jur. 1937, p. 15).

France une succursale que l'on pourra lui appliquer les règles de publicité édictées par la loi française. La compétence de la *lex fori* s'impose donc sans discussion possible (1).

L'application de la notion de succursale comme critère de compétence de la *lex fori* en matière de publicité ne soulève donc guère de difficultés en ce qui concerne la qualification.

D'une façon générale, elle constitue d'ailleurs un critère dont la mise en œuvre est relativement aisée. On peut également faire valoir en sa faveur qu'elle n'est pas très éloignée du critère que nous proposions, critère fondé sur l'activité accidentelle ou continue de la société étrangère en France. En effet, lorsqu'une société étrangère doit exercer en France son activité de façon permanente, elle y établit le plus souvent une agence ou une succursale.

Cependant, le système du droit français procède, en réalité, d'un esprit très différent, et l'on peut se demander si, dans l'esprit du législateur et de la jurisprudence, la compétence de la loi française se fonde bien sur son caractère de *lex fori* ou si, au contraire, elle ne trouve pas sa justification dans le fait que la société, en établissant une succursale en France, y acquiert une sorte de domicile social secondaire pouvant servir de fondement à la compétence législative (2).

L'intervention de la loi française ne se justifierait plus dès lors par son caractère de *lex fori,* mais par sa qualité de loi du domicile secondaire de la société, ce qui expliquerait que, si elle ne peut prétendre se substituer à la loi du siège social, domicile principal, elle peut, à raison de l'adjonction de ce domicile secondaire, superposer aux règles générales de publicité de la loi de la société des règles spéciales.

172. — (1) C'est donc la conception française de la succursale qui doit être prise en considération. Il faut qu'il s'agisse d'une simple extension d'une entreprise principale à laquelle elle est subordonnée, qu'elle poursuive le même objet, qu'elle présente un importance suffisante pour se révéler aux tiers par une installation matérielle appropriée à l'objet de son exploitation, enfin qu'elle soit dirigée par un préposé de la maison principale qui a qualité pour représenter cette maison à l'étranger envers les tiers. Cf. sur ce point : GEGOUT, *Filiales et groupements de sociétés,* thèse, Paris, 1929, n° 50, p. 82; BROALLIER, thèse, Lyon, 1926, *Les succursales de sociétés ;* P. LESCOT, *Des succursales de sociétés* (Rec. Jur. Soc., 1924, p. 207). Ce sera notamment à la lex fori d'apprécier si l'on ne se trouve pas en présence d'une véritable filiale soumise aux règles générales de publicité édictées pour les sociétés françaises et non plus aux dispositions spéciales relatives aux sociétés étrangères.

172. — (2) La jurisprudence française voit dans la succursale « un domicile social ». Cf. en ce sens : Besançon (sur renvoi) 25 janvier 1928 (S. 1928.2.63) qui donne de la succursale la définition suivante : c'est « un établissement secondaire jouissant d'une certaine autonomie où, sous le contrôle du siège social, on se livre habituellement avec les tiers à des opérations de commerce ».

Cf. également en ce sens : HÉMARD, op. cit., n° 189, note 3. GEGOUT, *Filiales et Groupements de sociétés,* thèse, Paris, 1929, n° 50, p. 82.

Cette analyse du système français en matière de publicité des sociétés étrangères révèle que, s'il procède d'un esprit différent de celui des systèmes étrangers et si, respectueux du statut personnel de la société, il réduit considérablement le domaine d'application de la *lex fori,* il aboutit néanmoins à des conséquences assez proches.

La grande différence pratique entre le système français et celui que nous avons proposé, concerne les sociétés effectuant des opérations en France. En droit positif français, elles ne sont soumises à aucune publicité. C'est ce qui explique en particulier les difficultés que nous rencontrerons dans l'étude des conflits de lois relatifs au fonctionnement des sociétés.

Cette lacune est cependant comblée en ce qui concerne l'émission des titres des sociétés étrangères en France. Une publicité spéciale leur est, en effet imposée. L'étude de cette publicité a été faite lors de celle de l'émission, d'ailleurs elle ne soulève pas de problèmes de conflits de lois. Mais elle permet de protéger les porteurs et exerce, de ce fait, une incidence à la fois sur l'émission elle-même, matière déjà étudiée, et sur les conflits de lois relatifs au régime des titres, matière qu'il nous faut maintenant aborder.

TITRE II

Les conflits de lois relatifs au régime des titres émis par les sociétés commerciales

173. — Il peut paraître paradoxal de scinder en deux tronçons les développements consacrés aux conflits de lois relatifs aux titres émis par les sociétés commerciales. Il semblerait en effet que les conflits de lois relatifs d'une part à l'émission et d'autre part au régime des titres et notamment à leur circulation dussent trouver place dans le cadre d'un même chapitre à l'intérieur duquel leur étude serait menée de pair.

Une semblable affirmation serait exacte si les conflits relatifs à l'émission et au régime des titres présentaient quelque analogie. Or, il n'en est rien.

Les conflits de lois relatifs à l'émission, conflits dont l'étude a été faite à propos de la constitution de la société ont une source indépendante de la nature spécifique du titre. Ils prennent naissance essentiellement lorsque la société procède à des émissions en dehors du pays du siège soial. Le conflit surgit alors entre la loi d'autonomie ou la *lex loci contractus* d'une part et la loi de la société, de l'autre, cette dernière tendant, à raison du déséquilibre existant entre les parties au contrat de souscription, déséquilibre entraînant la prééminence de l'offre, à restreindre l'autonomie des parties et à faire échec, dans le silence des contractants à la compétence de la *lex loci contractus*. Le conflit réside donc dans l'opposition entre les règles du droit des contrats et celles du droit des sociétés.

Les conflits de lois relatifs au régime des titres jouent dans des situations très différentes. Ils sont largement indépendants de l'émission en ce sens qu'ils peuvent se poser alors même que l'émission s'est déroulée tout entière sur le plan interne, l'élément international apparaissant ultérieurement par suite du déplacement du titre en dehors du pays du siège social.

Indépendamment du particularisme des situations dans lesquelles ils naissent les conflits de lois relatifs au régime des titres mettent en jeu des principes différents de ceux relatifs à l'émission. Le conflit naît ici de la nature complexe du titre qui le rattache à la fois au droit des biens et au droit des obligations.

A certains égards le titre apparaît comme un meuble.

Sans doute on pourrait faire valoir que ce caractère mobilier s'attache surtout à l'*instrumentum* et qu'en conséquence il doit exercer une incidence sur la détermination de la loi applicable uniquement en ce qui concerne le régime de la preuve. Mais dans certains titres l'*instrumentum* est beaucoup plus qu'un simple moyen de preuve. Dans les titres au porteur notamment, la créance s'incorporant au titre, c'est la détention matérielle de l'*instrumentum* qui confère à l'actionnaire, au porteur de parts de fondateur ou à l'obligataire son droit contre la société.

On peut donc dire que, plus l'importance de l'*instrumentum* est envahissante, plus le titre s'intègre dans le droit des biens et plus la *lex rei sitae* possède en conséquence une aptitude théorique à le régir.

Mais, à la différence des meubles ordinaires, le titre ne possède aucune valeur en lui-même. Intrinsèquement, c'est une simple feuille de papier. Toute sa valeur provient du fait qu'il constate le droit de créance que le porteur possède contre la société. Dans ces conditions la créance n'est-elle pas prédominante et sa prédominance ne doit-elle pas conduire à rechercher la solution de la compétence législative en fonction du droit des obligations et à appliquer au régime du titre la loi de la créance ?

174. — De prime abord la recherche de la loi compétente qui oppose la règle de conflit du droit des biens à celle du droit des obligations apparaît bien étrangère aux règles spécifiques du droit des sociétés. On peut se demander en conséquence à quel titre la loi de la société émettrice peut invoquer une compétence quelconque lui permettant de s'immiscer dans le régime du titre.

Effectivement ce n'est pas en vertu des règles de conflits propres au droit des sociétés que la loi de l'établissement émetteur pourra invoquer une aptitude théorique a régir la circulation du titre. Elle ne devient compétente que par ricochet, sa compétence s'appuyant sur la règle de conflit du droit des obligations. En effet, on admet généralement que la loi de la créance est celle de l'établissement émetteur, la localisation fictive de la créance s'opérant au lieu du domicile du débiteur (1).

C'est donc entre la *lex rei sitae* dont l'aptitude à régir le titre s'appuie sur le caractère mobilier de ce dernier et la loi de la société

174. — (1) M. NIBOYET (*Traité*, t. IV, n° 1304, p. 688) constate que la loi de la créance est en général celle du pays de la collectivité qui a procédé à l'émission.

dont la compétence repose sur le fait que le titre constate un droit de créance que naît le conflit de lois (2).

Dans ces conditions le titre auquel intervient la loi de l'établissement émetteur entraîne comme conséquence que sa compétence n'est pas liée à la nature de ce dernier. Le raisonnement qui a été tenu pour les sociétés est également valable pour les titres émis par les collectivités publiques.

Dans une certaine mesure, on peut donc dire qu'à raison de leur caractère de généralité, les conflits de lois relatifs au régime des titres débordent le cadre du droit des sociétés.

C'est la raison pour laquelle il suffira de rappeler les principes généraux admis en cette matière. Il faudra par contre s'attacher à noter soigneusement toutes les particularités résultant du fait que l'établissement émetteur est une société.

Ce particularisme se manifeste essentiellement par l'intervention dans le conflit, de la loi du pays de circulation des titres en tant que loi de police et de sûreté, et par sa substitution, de ce fait, dans la majorité des cas à la compétence de la *lex rei sitae* ou de la loi de la société.

L'intervention impérative de la loi de police du pays de circulation des titres se justifie par les intérêts considérables qui s'attachent à la réglementation du régime des titres circulant sur le territoire français.

Il y a tout d'abord pour l'Etat un intérêt majeur à connaître la composition des sociétés afin de déterminer de la puissance économique de quel pays elles sont l'instrument. Dans la mesure où l'on subordonne la jouissance des droits au contrôle il est indispensable de connaître la personnalité des associés, personnalité qui demeure anonyme lorsque les titres sont au porteur. Cet intérêt se double de celui qu'a l'Etat de déterminer exactement la personnalité des porteurs de titres étrangers circulant en France afin d'éviter ou tout au moins de réprimer les fraudes fiscales et toutes les spéculations plus ou moins avouables auxquelles donnent lieu les titres au porteur. L'ensemble de ces intérêts exigeait un assainissement du marché financier, assainissement qui ne pouvait être efficace que dans la mesure où les dispositions tendant à le réaliser atteindraient les sociétés étrangères, comme les sociétés françaises.

Cette double considération a conduit le législateur français à prendre, par la loi du 28 février 1941 une importante réforme qui

174. — (2) L'expression « droit de créance » est entendue ici dans un sens technique. Il est en effet évident que le droit de l'associé contre la société n'est pas un droit de créance au sens habituel du mot.

tend à paralyser la circulation en France des actions et parts de fondateur des sociétés françaises et étrangères sous la forme au porteur (3).

Cette réforme a pour conséquence de fausser la solution normale du conflit de lois, en substituant à la compétence de la *lex rei sitae* ou de la loi de la société, celle de la loi de police du pays de circulation des titres. On peut même dire que dans la mesure où elle émet l'impératif catégorique de la compétence de la loi locale, elle supprime le conflit de lois.

Aussi c'est moins l'étude de cette réforme en elle-même que celle des conséquences qu'elle engendre qui est intéressante du point de vue du conflit de lois. Ces conséquences, à notre avis, sont doubles.

Au point de vue de la loi applicable, la réforme de la loi du 28 février 1941 crée une dualité de compétences législatives, d'une part entre les obligations au porteur et les actions et parts de fondateurs au porteur de sociétés étrangères et, d'autre part, entre le transfert des actions et parts de fondateur qui sont sous la forme nominative dès l'origine et la négociation du certificat nominatif délivré au porteur d'actions ou de parts de fondateur émises sous la forme au porteur par une société étrangère, en échange du dépôt dans une banque du titre au porteur. C'est cette dualité de compétences législatives que révèle l'étude des conflits de lois relatifs aux modes conventionnels de transfert de la propriété des titres émis par les sociétés.

Mais les effets de la réforme de 1941 ne s'arrêtent pas là. Elle est liée en effet à celle de la loi du 3 février 1943 qui interdit aux sociétés françaises d'émettre leurs actions et parts de fondateur sous la forme au porteur. La combinaison des dispositions de ces deux lois a pour conséquence de modifier l'importance respective du nombre des titres de sociétés françaises et étrangères circulant en France et à l'étranger. Ces réformes sont, de ce fait, susceptibles de modifier la solution du conflit de lois relatif à la protection des porteurs de titres perdus ou volés. Car la loi qui répondra le mieux aux intérêts français ne sera pas la même que sous le régime antérieur.

174. — (3) Cf. La publication n° 47 de l'Ansa, la forme et la négociation des actions (Lois des 28 février, 18 juin et 6 décembre 1941 ; 14 février et 8 mars 1942) ; commentaires du Doyen H. Rousseau (Sem. Jur. 1942, 290 ; 1944, 410) et de M. F. Kaeppelin (Revue générale de Droit commercial 1943, p. 273).

CHAPITRE I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX MODES CONVENTIONNELS DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DES TITRES

175. — Le transfert de propriété des titres émis par les sociétés s'opère selon deux modes différents ; le transfert des titres nominatifs ; la tradition des titres au porteur. Le premier de ces deux modes est soumis à une loi invariable quelle que soit la nature du titre qui fait l'objet du transfert. Le second ne joue plus désormais que pour les obligations et pour les actions non cotées en Bourse par suite des obstacles apportés par les réformes récentes à la circulation des titres sous la forme au porteur. On revient pour eux à un procédé très proche du transfert des titres nominatifs, mais qui, à raison de l'intervention de la loi de police française est soumis à une loi différente de celle normalement applicable au transfert des titres nominatifs.

SECTION I

LA LOI APPLICABLE AU TRANSFERT DES TITRES NOMINATIFS

176. — Lorsqu'un actionnaire ou un obligataire désire négocier son titre, il se met d'accord avec un acquéreur éventuel. Mais cet accord ne saurait opérer, à lui seul, transfert de la propriété du titre. En effet ce dernier résulte de l'accomplissement des formalités du « transfert ». Le titulaire formule une demande ou déclaration de transfert sur laquelle il indique le nom du cessionnaire. La société raye sur le registre de transferts le nom de l'ancien titulaire et délivre une nouvelle inscription au nom du titulaire nouveau, à qui elle donne un certificat. Dans ces conditions, rechercher la loi applicable au transfert de propriété du titre revient à déterminer la loi compétente pour régir le procédé technique du changement d'insription.

A raison de ce caractère technique du transfert dont les formalités sont sensiblement les mêmes dans tous les pays, il pourrait sembler que la détermination de la loi compétente pour le régir est sans intérêt. Or, il n'en est rien, car si les formalités techniques demeurent identiques quelle que soit la législation applicable, la conception que l'on se fait de la nature et des effets du transfert est susceptible de varier selon les pays. Cette diversité de conceptions est telle qu'elle se manifeste même sur le plan interne. En France les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point.

Dans la conception classique (1), on analyse le transfert en une cession de créance dans laquelle le changement d'inscription sur le registre de l'établissement débiteur remplace la signification ou la reconnaissance prévue par l'article 1690 c. c. ces formalités ne jouant que pour l'opposabilité aux tiers de la transmission de la propriété du titre. Dans cette conception le droit de propriété du nouveau titulaire n'est valable que dans la mesure où le transfert actuel et les transferts antérieurs émanaient du véritable propriétaire. Dans le cas contraire le recours du *verus dominus* pourrait conduire à l'éviction du titulaire actuel.

D'après la conception moderne dégagée par quelques auteurs récents, le transfert serait une institution *sui generis* dotée d'une vertu créatrice propre (2). Dans ces conditions, du seul fait de l'accomplissement des formalités du transfert, le nouveau titulaire acquierrait un droit neuf purgé de tous les vices qui pouvaient affecter l'ancien. En conséquence le nouveau titulaire ayant un droit qui, même acquis a *non domino*, n'est pas vicié ne pourrait en aucun cas être l'objet d'une action en revendication. Toutefois, si sa mauvaise foi était établie, une action en responsabilité délictuelle pourrait être intentée contre lui (3). D'autre part, pour tempérer ce qu'une telle conséquence peut avoir de rigoureux pour l'ancien titulaire dépossédé, les partisans de cette conception lui reconnaissent le droit de mettre en jeu la responsabilité de l'établissement débiteur à raison du rôle actif joué par ce dernier dans le transfert.

Si l'on projette cette opposition de conceptions sur le plan international en admettant qu'une législation considère le transfert comme une cession de créance et admette en conséquence la revendication du titulaire dépossédé ou incapable tandis qu'une autre, considérant le transfert comme créateur d'un droit nouveau

176. — (1) LYON-CAEN et RENAULT, t. IV, n° 947 bis.

176. — (2) LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 1137 et s.

176. — (3) WAHL, note sous Paris 28 février 1896 (S. 1898.2.289); Cf. A. WAGNER, *Essai sur la nature juridique du transfert réel et de la conversion au porteur des titres nominatifs*. (Revue Trimestrielle de Dr. Civ. 1930, p. 703).

purgé des vices de l'ancien admet simplement la responsabilité de l'établissement débiteur, on voit apparaître immédiatement l'intérêt de la détermination de la loi applicable. Le nouveau titulaire invoquera la compétence de la seconde législation, le titulaire dépossédé et la société chercheront au contraire à s'abriter derrière la première législation qui leur est plus favorable.

La détermination de la loi applicable est elle-même fonction de la conception que le juge saisi a du transfert. S'il analyse le transfert en une cession de créance, la loi normalement compétente sera celle du domicile du débiteur cédé, c'est-à-dire celle du pays du siège social de la société émettrice. S'il considère au contraire que le transfert est une institution *sui generis* dont les formalités du changement d'inscription constituent l'essence, il sera conduit à admettre la compétence de la loi du pays où se trouve le registre des transferts de la société.

La distinction est d'ailleurs le plus souvent sans intérêt pratique parce que le service des transferts de la société est presque toujours situé au lieu du siège social. Mais il peut se faire qu'une société désire établir pour des raisons de commodité un registre de transferts à l'étranger, car elle y a émis un nombre considérable de titres. M. Niboyet pose la question de savoir si un tel établissement est possible à raison de la modification qu'il entraîne dans la compétence législative (4).

177. — A notre avis, la réponse est, là encore, dictée par la conception que le juge saisi a du transfert. S'il le considère comme une cession de créance, les formalités du transfert ne sont dans son esprit qu'un succédané de la signification de l'article 1690 c. c., ils doivent donc comme la signification elle-même s'opérer au domicile du débiteur qui est le siège social de la société. Toute dissociation entre le service des transferts et le siège social apparaît impossible. Si au contraire le juge voit dans le transfert une institution possédant une vertu créatrice propre, l'établissement d'un service de transferts en dehors du pays du siège social lui semblera plus facilement licite.

Si les deux législations, celle du pays de la société et celle de l'Etat sur le territoire duquel la société établit le registre des transferts se rallient à la même conception, la solution n'est pas douteuse.

176, — (4) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1304, p. 692. M. Niboyet fait très justement remarquer que la dissociation du registre des transferts par rapport au siège social n'est possible que dans la mesure où seuls certains titres peuvent y être présentés puisque les droits afférents aux certificats délivrés doivent toujours être mentionnés sur le même registre.

Si elles admettent toutes deux la légitimité de cet établissement, il doit être considéré comme valable et la loi applicable au transfert des titres sera celle du pays sur le territoire duquel le service des transferts a été établi. Toutefois, comme le fait remarquer M. Niboyet, si l'établissement du service des transferts à l'étranger a été dicté par la seule intention frauduleuse d'échapper à l'empire de la loi normalement compétente, les tribunaux du pays du siège social conserveront toujours la possibilité de revenir à la compétence de la *lex fori* par le jeu de l'exception de fraude à la loi. Par contre, aussi longtemps que l'établissement du registre des transferts n'aura pas été déclaré frauduleux par les tribunaux du pays du siège social, il devra être considéré comme valable dans le pays sur le territoire duquel il a été fait, car il n'appartient pas aux tribunaux de ce pays de déceler la fraude à une loi étrangère. Ces conséquences résultent des principes généraux de la fraude à la loi.

Si les deux législations se référant à la conception selon laquelle le transfert d'un titre nominatif s'analyse en une cession de créance n'admettent pas que le service des transferts puisse être dissocié, géographiquement parlant, du siège social, l'établissement d'un service de transferts à l'étranger devra alors de toute évidence être considéré comme nul.

La difficulté naît au cas de discordance entre la règle de conflit des deux pays, l'un liant nécessairement la compétence législative au domicile de la société, l'autre se référant à la situation du service des transferts indépendamment de toute concordance avec le pays du siège social. Le conflit peut alors être, soit positif, soit négatif.

Le conflit sera positif lorsque la loi de la société, refusant de dissocier le service des transferts du siège social se considère comme compétente et, que, de son côté la loi du pays étranger, admettant la validité de l'établissement d'un registre de transferts sur son territoire, conclut de ce fait à sa propre compétence. Au profit de quelle loi doit être réglé le conflit de compétence législative ?

Il semble qu'en l'occurence, les tribunaux du pays sur le territoire duquel l'établissement du registre des transferts a eu lieu doivent s'incliner devant la compétence de la loi étrangère. En effet, si la loi du siège social qui régit le statut juridique de la scoiété, lui refuse le droit d'avoir un service des transferts en dehors du pays du siège social, l'établissement ne doit pas être considéré comme valable, car il est fait en fraude de la loi de la société.

Le conflit revêtira un aspect négatif lorsque la loi de la société admettra la possibilité de l'établissement à l'étranger du service des

transferts tandis que la loi du pays étranger n'en reconnaîtra pas la validité et refusera en tous cas d'admettre qu'il puisse entraîner une modification de la compétence législative.

Il semble bien de prime abord que l'on se trouve dans une hypothèse qui permette l'application de la théorie du renvoi, la loi du pays étranger admettant la compétence de la loi du siège social, le système de solution de conflits de lois du pays de la société refuse cette compétence et se prononce au contraire en faveur de la loi du pays étranger sur le territoire duquel se trouve le service des transferts. Le tribunal étranger devrait donc admettre la compétence de sa propre loi par renvoi de la loi étrangère.

Cependant, à notre avis, l'application de la théorie du renvoi est difficilement admissible dans cette hypothèse. En effet, la discordance entre les deux systèmes législatifs se manifeste non seulement dans le choix de la loi compétente, mais aussi dans la validité même de l'établissement du registre des transferts en dehors du pays du siège social, c'est-à-dire de l'élément qui, d'après la loi de la société, fonde la compétence législative.

Dans ces conditions, si la loi du pays sur le territoire duquel la société veut établir un registre de transfert se refuse à reconnaître la validité d'un tel établissement, on ne peut l'obliger à l'accepter. On ne peut davantage imposer aux tribunaux du pays étranger la compétence de leur propre loi par renvoi de la loi de la société, puisque l'élément de rattachement qui, d'après le système de solution de conflit de lois du pays de la société, fonde cette compétence est inexistant à leurs yeux.

Le conflit négatif apparaît donc insoluble, l'établissement du service des transferts en dehors du pays du siège social devant, dans ce cas, être considéré comme nul. C'est donc seulement au cas de concordance entre les deux systèmes législatifs qu'il pourra être considéré comme valable et entraîner à sa suite une modification de la compétence législative (1).

177. — (1) M. Niboyet (*Traité*, t. IV, n° 1304, p. 692, note 1) envisage la solution de la compétence législative dans les situations très spéciales qui ont été créées par la guerre. L'éminent auteur cite l'exemple de la Banque nationale de Belgique qui, au cours de la guerre de 1939, a transporté provisoirement son siège social en France et y a localisé momentanément son service des transferts. Dans ce cas, il est certain, comme le fait remarquer M. Niboyet, que le changement du siège social et du service des transferts ne saurait entraîner aucune modification de la loi compétente. Celle-ci devait demeurer la loi belge, car le changement de siège social était un simple changement de fait, opéré sous la pression de circonstances extérieures et duquel on ne pouvait déduire la volonté de la société de soumettre le statut de ses titres à la loi française.

Section II

LA LOI APPLICABLE A LA TRANSMISSION DES TITRES AU PORTEUR

178. — Depuis la loi du 28 février 1941, les seuls titres émis par les sociétés étrangères pouvant circuler en France sous la forme au porteur sont les obligations et les actions non cotées en Bourse. De même, les sociétés françaises désignées par arrêté ministériel ne pouvant plus depuis la loi du 3 février 1943 émettre des actions et parts de fondateur sous la forme au porteur, les titres français circulant à l'étranger sous cette forme sont dans la majorité des cas des obligations. C'est donc surtout aux obligations que s'appliqueront les développements consacrés aux conflits de lois relatifs à la transmission des titres au porteur.

Mais le législateur français ne pouvait interdire aux sociétés étrangères d'émettre leurs actions et parts de fondateur sous la forme au porteur. Il lui a donc fallu, sous peine de fermer l'accès des marchés français aux sociétés étrangères dont notre économie a besoin, organiser la circulation en France des titres au porteur qu'elles avaient émis, tout en conciliant les nécessités de cette circulation avec l'assainissement du marché financier français vers lequel tendait la réforme projetée. La loi du 28 février 1941 y est parvenue en ordonnant le dépôt de l'action et la délivrance à l'acquéreur d'un certificat nominatif qui seul pourra circuler en France. C'est donc la loi française qui, à titre de loi de police, régira la circulation de ce certificat. Toutefois, l'immixtion de la loi de police française dans le transfert de la propriété du titre ne peut être absolue. En effet, elle peut bien décider que le titulaire du certificat sera le véritable propriétaire du titre ; encore faut-il pour qu'il puisse exercer les droits attachés au titre que la loi étrangère de la société accepte de le reconnaître comme tel. On assiste donc à une dualité de compétences législatives relativement au régime de la propriété du titre, et cette dualité, née de la superposition de deux systèmes juridiques différents, donne nécessairement naissance à des conflits qu'il faudra s'efforcer de résoudre après avoir étudié les conflits de lois relatifs à la transmission des titres au porteur qui échappent à la réforme de la loi de 1941.

A. — *Les conflits de lois relatifs à la circulation des titres au porteur non visés par la loi de* 1941

179. — Les difficultés inhérentes à la détermination de la loi applicable au transfert conventionnel de propriété des titres au

porteur ont leur source dans le caractère hybride du titre au porteur qui le rapproche à la fois des meubles corporels et des créances. Dans la mesure où il présente des caractères identiques aux meubles corporels, ne doit-on pas l'assimiler à ceux-ci et soumettre la transmission à la *lex loci contractus* ou à la *lex rei sitæ* ? Dans la mesure où il constate un droit de créance, la loi applicable à la cession de créance, c'est-à-dire, d'après la majorité des auteurs, la loi du domicile du débiteur ne peut-elle pas invoquer une aptitude théorique à régir la transmission ?

Les auteurs s'accordent généralement, pour ce qui est du transfert conventionnel de propriété, à soumettre le titre au porteur aux mêmes règles que les meubles corporels et à admettre en conséquence la compétence de la *lex loci contractus* ou de la *lex rei sitæ*. Ces deux lois coïncideront presque toujours ici parce que la convention interviendra dans le pays où se trouve situé le titre à ce moment (1).

Par conséquent, le transfert de propriété des titres circulant en France interviendra *solo consensu* conformément à la disposition de l'article 1138. Toutefois, il faut remarquer que, dans une certaine mesure, les principes du droit commercial feront ici échec aux principes du droit civil. En effet, le droit contre la société résulte de la détention matérielle du titre, c'est donc en réalité la tradition du titre qui aura pour effet de transférer pratiquement la propriété, car c'est elle qui conférera au nouveau titulaire les droits attachés au titre.

Ces diverses considérations conduisent à admettre la compétence de la *lex rei sitæ*. Toutefois, il faut tenir compte du fait que la transmission a pour conséquence de donner à la société un nouvel associé ou un nouveau créancier. Par conséquent, si les statuts de la société avaient prévu certaines restrictions à la transmission ou certaines formalités supplémentaires, la transmission ne lui serait opposable que dans la mesure où les statuts auront été observés.

179. — (1) En ce sens NIBOYET, *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, thèse, Paris, 1912, p. 120, note 2 ; contra LORBER, *Les valeurs mobilières au point de vue des conflits de lois*, thèse, Nancy, 1912, p. 139. La jurisprudence concernant la loi applicable à la propriété des titres au porteur est relative à l'acquisition lege et non à l'acquisition conventionnelle de la propriété. Elle ne peut donc être d'aucun secours dans la détermination de la loi applicable, car en matière d'acquisition lege, des considérations nouvelles, comme la nécessité d'assurer la protection du porteur dépossédé peuvent modifier la solution du conflit de lois. Cf. : cependant en matière d'acquisition conventionnelle, Trib. de l'Empire Allemand, 15 février 1884 (Clunet 1886, p. 608), qui se prononce en faveur de la lex rei sitæ.

B. — *Les conflits de lois relatifs à la circulation en France des actions et parts de fondateur de sociétés étrangères émises sous la forme au porteur.*

180. — La loi du 28 février 1941 est venue bouleverser la circulation en France des actions et parts de fondateurs émises sous la forme au porteur.

Cette réforme, qui porte la marque de la faveur du législateur français à l'égard des titres nominatifs, ne pouvait être efficace que si les actions et parts de fondateur des sociétés étrangères y étaient asujetties au même titre que celles des sociétés françaises. En effet, les dangers que recèle pour l'Etat le titre au porteur sont d'autant plus graves qu'il émane d'une collectivité étrangère. D'autre part, la limitation de la réforme projetée aux seules sociétés françaises eût constitué pour ces dernières un handicap à raison des préférences que, pour des raisons plus ou moins avouables, les épargnants français ont de tous temps manifestées à l'égard des titres au porteur. On aurait risqué de voir l'épargne française s'orienter vers les sociétés étrangères.

Ces diverses considérations devaient conduire le législateur français à englober les actions et parts de fondateur des sociétés étrangères dans la réforme projetée. Cependant, il lui était impossible d'édicter à l'encontre des sociétés étrangères les mêmes prohibitions qu'à l'encontre des sociétés françaises. On aurait pu cependant concevoir qu'il exigeât que toutes les actions émises en France le fussent sous la forme nominative, quelle que fût l'allégeance de la collectivité émettrice (1). Mais, craignant vraisemblablement qu'une réforme aussi draconienne ne décourageât les sociétés étrangères et ne les détournât de notre pays, le législateur français n'a pas osé aller aussi loin.

Dans ces conditions, il a été obligé d'envisager la circulation des titres étrangers existant en France sous la forme au porteur. Il ne lui appartenait pas de prononcer, sans l'assentiment de la société étrangère, leur conversion en titres nominatifs. C'est la raison pour laquelle il a été amené à instaurer un système tel qu'il lui permet d'atteindre le but fixé sans empiéter sur la souveraineté de la loi étrangère.

180. — (1) Exiger que les actions et parts de fondateur, émises par les sociétés étrangères en France, le fussent sous la forme au porteur n'eût d'ailleurs pas résolu entièrement le problème, car il fallait réglementer la circulation des titres au porteur émis par les sociétés étrangères à l'étranger et venus ultérieurement en France, soit à la suite de la leur transmission à l'étranger à un porteur Français, soit à la suite de la venue en France de leur titulaire primitif.

Désormais les porteurs d'actions ou de parts de fondateur d'une société étrangère qui désirent les négocier ou les céder doivent nécessairement les déposer dans un établissement bancaire ou une compagnie d'agent de change qui délivre au nouveau titulaire un certificat nominatif. C'est ce certificat nominatif qui pourra seul circuler, le titre restant en dépôt chez le banquier ou l'agent de change qui s'est chargé de l'opération ou à la Caisse centrale des dépôts et virements de titres (2).

La circulation du certificat nominatif représente une particularité très nette en ce qui concerne la loi applicable. En effet, étant donnée la forme nominative que revêt le certificat délivré, il semblerait normal d'en soumettre la négociation à la loi applicable au transfert des titres nominatifs, c'est-à-dire, par suite de la localisation à peu près universellement admise de la créance au domicile du débiteur, à la loi du siège social de la société étrangère.

Or, il n'en est rien. Comme le fait remarquer très justement M. Niboyet, « il y a une très grande différence entre la négociation d'un véritable titre nominatif et celle du simple certificat de dépôt en France de titres étrangers au porteur ». En effet, la négociation du certificat de dépôt sera régie non plus par la loi étrangère de la société, mais par la loi française (3).

Cette compétence est inéluctable par suite du caractère de loi de police de la loi de 1941. Il est d'ailleurs normal que la loi française qui a créé ce procédé en régisse l'application. D'autre part, cette compétence pourrait encore se justifier en faisant appel aux principes traditionnellement admis. En effet, le certificat nominatif, bien qu'il représente un titre au porteur étranger, a nécessairement été délivré par un établissement bancaire français. On pourrait donc

180. — (2) Loi du 28 février 1941.

Art. 1er, al. 2. — « Les actions des sociétés étrangères négociées sur un marché, ne pouront être livrées aux acquéreurs, que sous la forme de certificats nominatifs, dont les conditions d'établissement, la forme et le mode de cession seront déterminés par un arrêté du Secrétaire d'Etat aux finances ».

Art. 2. — « Les actions des sociétés étrangères et des sociétés françaises pourront être maintenues ou converties au porteur, après négociation sur un marché à condition de rester en dépôt dans les établissements de banque ou les compagnies d'agents de change qui seront agréés à cet effet par l'administration dans les conditions prévues par un arrêté du Secrétaire d'Etat aux finances. La mise au nominatif des actions des sociétés françaises et la transformation en certificats nominatifs des actions des sociétés étrangères ainsi déposées ne seront obligatoires qu'au moment du retrait par le déposant ».

Il est admis que ces prescriptions doivent être étendues aux parts de fondateur, cf. sur ce point le commentaire du Doyen H. Rousseau (Sem. Jur. 1942, p. 290).

180. — (3) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1304, p. 695. M. Niboyet fait très jusment remarquer que le système de la loi de 1941 ne constitue pas une innovation, car il existait déjà de nombreux précédents en matière de warrants et de connaissements.

prétendre que la loi française s'applique à titre de loi nationale de l'établissement qui a délivré le certificat. En réalité, il est plus simple de justifier la compétence de la loi française par son caractère de loi de police.

Mais le domaine de la loi de police française s'arrête là. Elle ne peut en effet imposer à la société étrangère la reconnaissance comme actionnaire du titulaire du certificat de dépôt. Si celle-ci refuse de le reconnaître comme tel, le titulaire se trouvera détenteur d'un certificat sans valeur, puisqu'il sera privé des droits attachés au titre. Cette crainte sera d'ailleurs la plupart du temps illusoire, car la société étrangère a tout intérêt, afin de faciliter la circulation de ses titres, à conférer au titulaire du certificat nominatif les prérogatives qui découlent habituellement de la détention du titre lui-même.

Elle le pourra d'autant plus facilement que le titre étant en dépôt n'a plus de titulaire. Cependant, le conflit pourra naître au cas de vol du titre chez le déposant. On se trouvera alors dans une des situations extrêmement délicates que crée la dépossession du propriétaire du titre à la suite de perte ou de vol.

CHAPITRE II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA DEPOSSESSION

181. — L'incorporation de la créance au titre, si elle présente des avantages, n'est pas non plus dépourvue d'inconvénients dont le principal réside dans les dangers d'une dépossession. Or, à raison de la circulation intense des titres au porteur, la protection des porteurs de titres perdus ou volés met fréquemment en jeu des problèmes de droit international, car les relations juridiques auxquelles elles donnent naissance peuvent ne pas s'être formées à l'intérieur des frontières d'un seul Etat.

C'est ainsi qu'il peut parfaitement se faire que des titres émis par une société anglaise soient perdus ou volés en France. Le voleur passe ensuite en Italie et il cède les titres à un tiers qui peut lui-même les revendre dans un autre pays.

Le problème de conflit de lois naît alors. Il faut en effet déterminer la loi qui régira les droits de la victime dans ses rapports avec la société émettrice et dans ses relations avec le voleur et les différents porteurs successifs du titre dont elle a été dépossédée.

La question ne présenterait qu'un intérêt restreint s'il existait une protection internationale des porteurs de titres perdus ou volés, ou même si, à défaut d'un droit super-étatique, les principaux Etats adoptaient en cette matière des solutions sinon identiques, tout au moins voisines et empreintes du même esprit. Malheureusement, il n'en est rien.

La protection internationale des porteurs de titres demeure un projet dont la réalisation semble encore lointaine. Cependant, les efforts en vue d'arriver en ce domaine à un résultat positif n'ont pas été épargnés. Tour à tour, l'Institut de Droit International, dans ses Congrès de Hambourg en 1891 et de Gand en 1906 ; le Congrès International des Valeurs mobilières, la Société d'Economie Politique, l'Association Nationale des Porteurs Français de valeurs mobilières, la Société de Législation comparée ont mis la question à l'étude, espérant aboutir à des accords internationaux dont sortirait une réglementation unifiée. Ces espoirs ont été déçus. Le seul résultat tangible auquel on soit parvenu n'a pas trait à l'instauration d'une protection internationale, mais à la solution des conflits

résultant de la diversité des législations nationales. Il a été atteint par l'Institut de Droit International au Congrès de Gand tenu en 1906.

Il faut rechercher les causes de cet échec dans le particularisme que manifestent les différents droits en ce domaine et surtout dans l'opposition irréductible qui existe entre deux groupes de législations empreintes d'un esprit totalement opposé : le système français suivi par quelques pays dont les principaux sont l'Argentine, l'Espagne, le Luxembourg, la Belgique et la Roumanie, système qui tend à assurer le maximum de protection au propriétaire dépossédé ; le système anglo-saxon adopté par l'Allemagne et la Hollande, ainsi que par la majorité des pays, qui, consacrant une dépersonnalisation totale du titre, considère le titre au porteur comme un titre de crédit, un billet de banque et sacrifie les intérêts de la victime à ceux du porteur actuel du titre.

Il apparaît nécessaire de tracer rapidement les grandes lignes de ces deux systèmes afin de montrer l'irréductibilité de leur opposition et l'intérêt de la découverte d'une solution rationnelle du conflit de lois.

182. — Le système français date de la loi du 15 juin 1872 modifiée par la loi du 18 juin 1941.

Il porte la marque des événements qui ont précédé la promulgation de la loi de 1872, l'insurrection de la Commune. Au cours de cette période troublée, de nombreux porteurs avaient été dépossédés. Lorsqu'ils cherchèrent à faire valoir leurs droits, on s'aperçut que, par suite des règles de notre Droit Civil qui fonde la propriété mobilière sur la possession, ils se trouvaient dépourvus de toute protection. Les articles 2279 et 2280 du Code Civil ne leur accordaient en effet, à l'égard du porteur actuel, qu'une protection illusoire puisque leur action en revendication se trouvait prescrite par trois ans. De plus, si le porteur actuel, acquéreur de bonne foi, avait acheté les titres en Bourse, la revendication de la victime se trouvait subordonnée au remboursement effectué par elle au possesseur du prix d'achat payé par ce dernier. Il lui fallait donc payer une seconde fois la valeur du titre. Dans ce cas, la revendication ne présentait d'intérêt pour le porteur dépossédé que dans la mesure où, par suite d'une montée en flèche du cours du titre, sa valeur actuelle était nettement supérieure au prix payé par le tiers acquéreur.

Quant aux droits de la victime à l'égard de la société émettrice, ils étaient complètement anéantis du fait de la perte ou du vol. Elle ne pouvait plus toucher aucun dividende, ni aucune part d'actif au cas de partage. De même, tous ses droits d'associé disparaissaient

du seul fait qu'elle était dans l'impossibilité de présenter le titre qui les matérialisait. C'étaient les conséquences normales, mais extrêmement dures pour le porteur dépossédé, de la règle selon laquelle « la société doit au titre ».

C'est la raison pour laquelle la loi du 15 juin 1872, par réaction, est orientée toute entière vers la protection du porteur dépossédé, protection qu'elle a voulue aussi complète que possible et qui résulte d'une double opposition.

La première opposition faite auprès du Syndic des Agents de Change de Paris, et publiée au Bulletin Quotidien de la Chambre Syndicale des Agents de Change, est relative à la propriété du titre qu'elle frappe d'inaliénabilité. Elle permet à la victime d'éviter les conséquences résultant du jeu des articles 2279 et 2280 du Code Civil. A compter de cette opposition, toute négociation du titre est inopposable au porteur dépossédé qui pourra exercer son action en revendication contre tout acquéreur ultérieur, même de bonne foi.

La seconde opposition, qui est nécessairement postérieure à la première, est faite auprès de l'établissement émetteur, c'est-à-dire de la société elle-même. Elle tend à permettre à la victime de retrouver la valeur du titre. Elle lui donne droit, à l'expiration d'un délai de un ou trois ans suivant les cas, de se faire autoriser en justice à toucher les coupons. A l'expiration d'un délai de dix ans, si aucun contradicteur ne s'est présenté, le porteur dépossédé peut se faire délivrer un duplicata qui remplacera le titre disparu, lequel sera réputé ne plus exister.

Le système français peut donc s'analyser en une double série de mesures : mesures d'inaliénabilité qui jouent dans les relations de la victime et des acquéreurs successifs, mesures d'amortissement qui règlent les rapports du porteur dépossédé et de la société débitrice.

183. — Le système anglo-saxon procède d'un esprit tout à fait différent. L'opposition entre les deux systèmes provient d'ailleurs d'une divergence de vues plus profonde qui a sa source dans la conception différente que l'on a du rôle et de la nature des valeurs mobilières. Il y a certaines analogies entre cette opposition des conceptions et celle qui se manifeste en matière de lettre de change. Dans ces pays, en effet, la validité de l'engagement cambiaire n'est pas subordonnée à l'existence d'une provision, alors qu'en France la provision demeure un des éléments de base de la lettre de change. Le but poursuivi par les législations anglo-saxonne et allemande est le même dans les deux cas : assurer au maximum la libre circulation de l'effet de commerce ou du titre considérés comme un instrument de crédit et donner à l'acquéreur le maximum de sécurité.

En conséquence, en matière de titres perdus ou volés, la victime qui peut revendiquer contre le voleur perd son action lorsqu'elle se trouve en conflit avec un tiers acquéreur de bonne foi. Dans les rapports entre la victime et la société émettrice, les mesures tendant à l'amortissement du titre sont au contraire analogues à celles prévues en France et, à l'expiration d'un certain délai, le porteur dépossédé pourra obtenir un duplicata. Mais si, avant ce délai, un contradicteur de bonne foi se présente, il sera préféré à la victime parce qu'il possède cette qualité substantielle aux yeux du législateur anglais d'être en possession du titre.

L'opposition entre ces deux groupes de législations, les unes tendant à assurer dans toute la mesure du possible la réparation du préjudice subi par la victime, les autres cherchant à donner au tiers acquéreur le maximum de sécurité, met en lumière tout l'intérêt qu'il y a à découvrir la loi applicable puisque, suivant la législation à laquelle on attribuera compétence, la victime pourra être préférée à l'acquéreur ou vice-versa.

Il nous faut donc rechercher la loi qui doit régir, d'une part les rapports de la victime et de la société émettrice, d'autre part les rapports du propriétaire dépossédé et des tiers porteurs.

Section I

LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DE LA VICTIME ET DE LA SOCIÉTÉ ÉMETTRICE

184. — La solution du conflit de lois ne soulève que peu de difficultés, d'une part parce qu'en ce domaine la diversité des législations est moins grande que dans les rapports entre la victime et le tiers porteur (toutes les législations admettent en effet la possibilité d'une opposition en adoptant seulement des modalités différentes), d'autre part parce que les lois qui peuvent prétendre régir l'opération sont en nombre très restreint et qu'il est relativement facile d'effectuer un choix entre elles.

En effet, la situation du titre étant inconnue au moment où la victime fait opposition, il ne peut être question d'appliquer la *lex rei sitæ*. L'hésitation n'est donc possible qu'entre la *lex fori* et la *lex debitoris*.

Les auteurs et la jurisprudence n'ont jamais songé à donner en cette matière compétence exclusive à la *lex fori*. Son application risquerait en effet, dans certaines hypothèses, d'être extrêmement préjudiciable à la société émettrice. Si nous supposons que les tribunaux français appliquent la loi de 1872 *lex fori* aux sociétés étran-

gères, on peut parfois, comme le fait remarquer très justement M. Lagarde, aboutir à une injustice en contraignant la société débitrice à payer deux fois. En effet, la loi française qui contraint la société émettrice à payer la victime sur présentation du duplicata qu'elle doit lui délivrer à l'expiration d'un délai de dix ans, n'a pas qualité pour libérer la société étrangère qui, en vertu de sa propre loi, peut être obligée de payer au porteur actuel du titre (1).

Toutefois, certains auteurs et quelques décisions de jurisprudence, marquant la volonté qu'expriment souvent nos tribunaux d'appliquer le plus souvent leur propre loi qui est celle qu'ils connaissent le mieux, ont pensé qu'un semblable inconvénient ne devait pas entraîner l'exclusion totale de la compétence de la *lex fori* en la matière et adoptent une solution éclectique permettant de distinguer dans la loi de 1872 deux ordres de dispositions :

— celles qui ne modifient aucunement les droits et obligations de la société émettrice et qui peuvent s'appliquer sans dommage aux sociétés étrangères ;

— celles qui, au contraire, sont susceptibles d'avoir des répercussions sur l'engagement de la société émettrice et qui ne sauraient être étendues aux sociétés étrangères, car elles risqueraient d'aller à l'encontre des obligations que lui impose la loi qui régit son statut (2).

Cette solution présente le grave inconvénient de ne pas conférer une certitude suffisante quant à la loi applicable, puisque cette dernière dépend de la ventilation faite par la jurisprudence. D'autre part, elle complique la tâche du juge, car elle l'oblige, à propos de chaque espèce, à opérer une confrontation entre le droit français et le droit national de la société afin de découvrir les dispositions contradictoires.

C'est la raison pour laquelle ce système semble aujourd'hui à peu près complètement tombé en désuétude. La grande majorité de la doctrine se prononce en effet en faveur de la loi de l'établissement débiteur, c'est-à-dire en l'occurrence de la loi de la société (3).

184. — (1) LAGARDE, *L'émission de titres en France par des sociétés de commerce étrangères*, thèse, Poitiers, 1926, n° 98, p. 129.

184. — (2) En ce sens : BUCHÈRE (Clunet 1881, p. 29); Jurisprudence : Trib. civ. Seine 27 janvier 1875 (Journal *Le Droit* 11 mars 1875); Trib. civ. Seine 3 juin 1890 (Clunet 1890, p. 703).

184. — (3) THALLER, *D'un règlement qui aurait pour objet de résoudre les conflits de lois en matière de titres au porteur* (Annales de droit commercial 1905, p. 258 et s.); LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II; BUCHÈRE, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières*, 1881, p. 506 ; BAZARD-FALGAS, *Le contentieux des oppositions sur titre*, 1908, n° 415 ; *De la perte et de la restitution des titres au porteur en droit international*, p. 2 et s.; *De la perte et de la restitution des titres au porteur français et étranger*, n° 352 et s.; *Répertoire de Droit International, de Lapradelle et Niboyet*, t. X, Natu-

La jurisprudence est dans le même sens (4). Enfin, c'est cette solution qui a été adoptée par l'Institut de Droit International au Congrès de Gand, le 20 septembre 1906 (5).

185. — Les partisans de ce système apportent à l'appui de leur thèse un certain nombre d'arguments qui ne manquent pas d'être impressionnants (1).

Ils font remarquer qu'une assimilation du titre aux meubles corporels serait la marque d'une erreur insigne. En effet, le titre ne présente, à la différence du meuble corporel, aucun intérêt en lui-même. Il n'est intéressant que dans la mesure où il constitue la matérialisation du droit de l'associé, de l'obligataire ou du porteur de part de fondateur. Il n'est pas autre chose que la manifestation d'un droit de créance, le moyen de prouver l'engagement de la société. Dans ces conditions, si l'on veut rattacher le titre à une autre institution, il est beaucoup plus rationnel de rapprocher son régime international de celui des créances que de celui des meubles corporels. Comme le fait remarquer M. Lagarde, on se trouve en présence d'un aspect un peu particulier de la cession de créance en Droit International Privé. Or, pour la presque totalité de la doctrine, l'opposabilité de la cession au débiteur cédé est soumise à la loi de la situation fictive de la créance qui est la loi du débiteur (2).

ralisation-Zones franches, V° Titres au porteur perdus ou volés; Albert WAGNER, note sous Chambéry 25 novembre 1909 (S. 1910.2.225); LAGARDE, *op. cit.* n° 99, p. 130 et s.; WAHL, *Titres au porteur*, n° 1597; LE GOST, *Etude théorique et pratique des titres au porteur*, n° 277 ; FUSIER-HERMAN, *Répertoire gén. alphabétique de Droit français*, v° valeurs mobilières, n° 652.

184. — (4) La jurisprudence va très loin dans cette application de la loi étrangère de la société. C'est ainsi que la Cour de Paris, dans son arrêt du 31 décembre 1877 (Clunet 1878, p. 163), a donné raison à la Banque Rotschild qui avait refusé de tenir compte de l'opposition à l'échange des coupons de rente Italienne qu'elle détenait, faite par un propriétaire dépossédé, parce que la loi de l'établissement débiteur, en l'occurence du gouvernement italien, déclarait insaisissables les rentes de l'Etat Italien. Il est très vraisemblable que la jurisprudence donnerait une solution analogue pour des titres émis par un établissement étranger dont la loi interdirait l'opposition entre les mains du banquier.

184. — (5) L'Institut de Droit International a émis au Congrès de Gand tenu en 1906 le vœu suivant :

« La loi du pays débiteur doit être appliquée pour déterminer à quelles conditions le propriétaire dépossédé d'un titre au porteur peut se faire payer les intérêts, arrérages et dividendes, toucher le capital devenu exigible, obtenir un duplicata du titre dont le propriétaire est privé. »

185. — (1) LAGARDE, *op. cit.* n° 99, p. 130-131.

185. — (2) Cf. BARTIN, *Principes*, t. III, paragraphe 374, p. 31 et s.; BATIFFOL, *op. cit.*, n° 530, p. 429; ARMINJON, *Précis*, t. II ,n° 141 et s.; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 3e éd. 1937, n° 357 ; WEISS, *Traité*, 2e éd. ; NIBOYET, *Manuel*, 2e éd. 1928, n° 702, p. 820 ; VALERY, *Manuel*, n° 626, p. 900 ; DESPAGNET et DE BOECK, *Précis*, n° 396; contra SURVILLE (Clunet 1897, p .671 et s.). Sous l'ancien régime, Guy Coquille et Simon d'Olive se prononçaient déjà en faveur de cette solution que combattaient Dumoulin, Bouhier et Froland.

Ce système, qui repose, à notre avis, sur une analyse juridique inattaquable, présente en outre des avantages pratiques indéniables.

Il est logique en effet de soumettre tous les porteurs d'une même société à une loi unique, quels que soient la nationalité du porteur, le lieu de l'émission, le lieu où la victime a été dépossédée. Cette égalité de traitement indispensable n'est d'ailleurs pas le seul avantage pratique qu'offre l'application de la *lex debitoris*. Elle est en effet commode à découvrir puisque le siège social de la société est très facile à connaître.

Pour ces différentes raisons, nous ne pouvons que donner notre adhésion à ce système qui facilite la circulation des valeurs mobilières tout en sauvegardant la sécurité juridique internationale. Nous pensons donc qu'il faut ériger en principe général la compétence de la loi de l'établissement débiteur dans les rapports entre le porteur dépossédé et la société émettrice. Mais une telle solution peut-elle être étendue aux rapports du propriétaire dépossédé et des tiers porteurs ?

Section II

LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS ENTRE LE PROPRIÉTAIRE DÉPOSSÉDÉ ET LES TIERS PORTEURS

186. — Les problèmes de conflits de lois auxquels donnent lieu les relations entre la victime et les tiers porteurs soulèvent des questions beaucoup plus délicates et âprement discutées.

La vivacité de la controverse tient à l'intérêt considérable qu'il y a à déterminer la loi applicable du fait que c'est en ce domaine que les divergences entre les systèmes législatifs revêtent le plus d'acuité. En effet, c'est l'admission de l'action en revendication de la victime contre le tiers acquéreur, même de bonne foi, qui confère au système français toute son originalité et qui est en même temps génératrice de l'hostilité que lui manifestent les tribunaux étrangers.

Cette opposition des différentes législations ne se manifeste d'ailleurs que lorsque le voleur a négocié le titre et que, par conséquent, l'action en revendication est exercée contre un tiers acquéreur. En effet, toutes les législations accordent au porteur dépossédé une action en revendication contre le voleur. Quand l'une d'entre elles ne le fait pas, la jurisprudence supplée à sa carence.

Pour régir les relations du porteur dépossédé et du tiers acquéreur du titre, trois lois apparaissent théoriquement applicable : la

loi du pays sur le territoire duquel se trouve le titre au moment où est intentée l'action en revendication (*lex rei sitæ*), la loi du pays sur le territoire duquel a eu lieu la transmission du titre au porteur actuel (*lex loci contractus*), enfin la loi que l'on qualifie parfois de loi nationale du titre (loi de l'établissement émetteur, c'est-à-dire en l'occurence la loi du siège social de la société émettrice).

L'application des deux premières lois procède de principes très voisins : la territorialité de la loi régissant le titre assimilé aux meubles corporels. Elles sont donc moins deux théories distinctes que deux variantes d'une conception unique, celle du statut réel du titre. L'application de la loi de l'établissement émetteur conduit au contraire à doter le titre d'un véritable statut personnel qui le suit dans toutes ses pérégrinations, ou à y voir une créance soumise à la loi de l'établissement débiteur.

A. — *Théorie du statut réel du titre*

a) Application de la « lex rei sitæ »

187. — Cette théorie a trouvé en doctrine son plus éminent défenseur en la personne de M. Niboyet (1). Elle procède d'une assimilation totale du régime du titre à celui des meubles corporels. Elle conduit à soumettre en conséquence le titre à la loi du lieu de sa situation.

Ce système n'a rencontré en jurisprudence aucun succès et, effectivement, il ne nous semble pas satisfaisant, car il se heurte à une double objection, sur le plan juridique et sur le plan pratique.

Au point de vue juridique, il repose, semble-t-il, sur une analyse du titre qui est erronée. Il est arbitraire en effet d'assimiler de façon aussi complète le titre aux meubles corporels. Sans doute, en matière de titre au porteur, la créance s'incorpore au titre, mais le titre n'est intéressant qu'en tant que mode de preuve d'un droit de créance qui présente incontestablement un caractère incorporel et qu'on ne peut régir compte tenu de la seule localisation matérielle de l' « instrumentum » qui le constate.

Sur le plan pratique, l'application de la *lex rei sitæ* ne nous semble pas non plus satisfaisante, car elle risquerait d'être une source d'injustices.

Elle a en effet pour conséquence de subordonner la possibilité de revendication de la victime à une simple circonstance de fait :

187. — (1) Niboyet, *Les conflits de lois relatifs aux meubles*, thèse, Paris 1912, p. 494-544 ; *Revue de Droit Internationale* 1912, p. 757-761 ; *Revue critique* 1913, p. 163-179.

la situation géographique du titre au moment où l'action en revendication est intentée. Il est dès lors très facile aux tiers acquéreurs du titre de se mettre à l'abri de toute revendication en le plaçant sous l'empire d'une législation protectrice de leurs intérêts. Les recéleurs de titres sont suffisamment avisés pour user largement d'une semblable possibilité si elle leur était offerte.

b) Application de la « lex loci contractus »

188. — Ce système soumet les rapports entre le propriétaire dépossédé et les tiers porteurs à la loi du pays sur le territoire duquel est intervenue l'opération qui a conféré au porteur actuel la possession du titre. Il s'inspire du principe suivant lequel les conventions portant sur les meubles sont régies par la loi du pays dans lequel elles ont été passées, et s'appuie sur la nécessité impérieuse pour les Etats de contrôler les négociations de titres qui s'effectuent sur leur territoire. Le droit de légiférer sur l'ensemble des titres nationaux et étrangers qui circulent sur le territoire apparaît comme le seul moyen d'assurer l'efficacité de ce contrôle.

C'est à cette solution que s'est rallié l'Institut de Droit International au Congrès de Gand de 1906 (1). C'est elle également que la jurisprudence française applique à toutes les valeurs étrangères dont une tradition effectuée en France a transféré la possession au porteur actuel, ce qui lui permet d'étendre la revendication prévue par la loi de 1872 à un grand nombre d'hypothèses (2). La grande majorité de la doctrine est, elle aussi, en ce sens. Elle justifie d'ailleurs le caractère territorial de la loi de 1872 en faisant appel à des arguments variés (3). Certains auteurs justifient la territorialité en faisant remarquer que la loi de 1872 ayant pour objet d'écarter en matière de titres au porteur le jeu normal de l'article 2279 du Code

188. — (1) Résolution du Congrès de 1906 :

« Les titres au porteur peuvent être revendiqués par le propriétaire dépossédé quand ils ont été l'objet d'une transmission dans un pays où la revendication est admise ».

188. — (2) V. en ce sens Cass. 13 février 1884 (S. 1884.1.225); Trib. civ. Seine 15 juillet 1885 (Journal La Loi, 19 septembre 1885); Trib. comm. Seine 1er février 1892 (Dr Fin. 1892, p. 126); Trib. civ Seine 20 mars 1894 (Dr. Fin. 1894, p. 178); Trib. Lyon, 19 novembre 1902 (Dr. Fin. 1903, p. 9); Paris, 13 décembre 1894 (Dr. Fin. 1895, p. 157); Paris, 14 décembre 1907 (Droit, 18 mars 1908). Il faut remarquer que plusieurs décisions de jurisprudence, se fondant sur le fait que les seuls titres exclus étaient les rentes de l'Etat français, ont appliqué les dispositions de la loi de 1872 aux titres au porteur émis par les Etats étrangers : Aix, 15 mars 1887 (Pand. Fr. Per. 1887.2.288; Rev. Marseille 1887, p. 251); Trib. Com. Marseille, 30 juin 1886 (Rev. Marseille 1886, p. 204).

188. — (3) Pillet, *Principes*, t. II, n° 375; Naquet, note sous Cass. 15 juin 1909 (S. 1911.1.81); Surville et Arthuys, n° 468.

Civil doit avoir un domaine d'application territorial équivalent. D'autres, comme Lainé (4), s'appuient sur le fait que la loi de 1872 ayant pour but de régler la police des marchés présente le caractère d'une loi de police et de sûreté, d'une loi d' « ordre public » et par conséquent doit être comme ces dernières d'application territoriale.

L'affirmation de la territorialité de la loi de 1872 permettait à la jurisprudence de protéger les porteurs français lorsque la négociation du titre du voleur au tiers acquéreur avait eu lieu en France. Elle facilitait donc la revendication par le porteur français d'une société étrangère. Mais, par contre, elle laissait totalement démuni de moyens de défense le porteur français de valeurs françaises lorsque le voleur avait négocié le titre en territoire étranger et que la loi étrangère du lieu de négociation n'admettait pas la possibilité de revendication.

La jurisprudence a considéré qu'une semblable inégalité de traitement était injuste. Le but de la loi de 1872 était de protéger l'ensemble des porteurs français contre les conséquences néfastes d'une dépossession. Il est injuste que du seul fait que son voleur a négocié le titre à l'étranger, le porteur français de valeurs françaises soit lésé, alors que le porteur de valeurs étrangères aura la possibilité de recouvrer ses droits et son argent simplement parce que son voleur, moins versé dans les subtilités du Droit International Privé, n'aura pas négocié le titre sous l'empire d'une loi mettant l'acquéreur à l'abri de toute revendication.

C'est la raison pour laquelle les tribunaux français, rompant avec la logique qui commandait l'application des règles normales de conflit et cédant à la nécessité de protéger dans tous les cas le propriétaire dépossédé en donnant aux dispositions de la loi de 1872 le domaine d'application le plus vaste possible, n'ont pas hésité à admettre la revendication de la victime à l'encontre du tiers porteur ayant acquis le titre en territoire étranger, et à considérer que l'opposition faite en France au Syndicat des Agents de Change empêchait toute négociation valable, même à l'étranger (5).

Cette solution a été très vivement critiquée par la doctrine qui s'en tient au caractère purement territorial de la loi de 1872 (6).

188. — (4) LAINÉ, *Annuaire*, 1906, p. 436.

188. — (5) Trib. Seine, 3 décembre 1882 (G.P. 1882.1.451); 2 février 1883 (G.P. 1883.1.356); 23 février 1888 (Dr. Fin. 1888, p. 239); 17 novembre 1890 (Dr. Fin. 1891, p. 82); Chambéry, 24 novembre 1909 (S. 1910.2.225); Trib. Seine 20 décembre 1929 (Journal La Loi, 3 décembre 1930).

188. — (6) BEZARD-FALGAS, *Répertoire de Droit International, de Lapradelle et Niboyet*, v. Titres au porteur, p. 583 ; SURVILLE et ARTHUYS, n° 468 ; PILLET, *Principes*, t. I, n° 375. La résolution de l'Institut de Droit International consacre explicitement la compétence exclusive de la lex loci contractus : « Les titres au porteur, à quelque pays que se rattache le débiteur qui les a

Nous avons montré que le système jurisprudentiel pouvait se justifier sur le plan de l'opportunité. Mais sur le plan juridique, il est permis de se demander s'il n'est pas en contradiction avec les principes du Droit International Privé et s'il mérite de ce fait le reproche d'incohérence que l'on a souvent formulé à son égard.

189. — Il est certain que, de prime abord, on peut être tenté de crier à l'illogisme et de voir dans le système consacré par la jurisprudence française un système bâtard. En effet, de deux choses l'une, ou la loi de 1872 est d'application territoriale et, dans ce cas, elle doit s'appliquer uniquement lorsque la négociation s'est déroulée sur le territoire français, ou alors elle est d'application extraterritoriale et tend à protéger, non plus tous les porteurs de sociétés françaises et étrangères pour des faits s'étant produits en France, mais les propriétaires de valeurs françaises, quel que soit le lieu de l'acquisition du titre par le porteur actuel. En d'autres termes, ou l'on applique la *lex loci contractus* et l'on arrive au statut réel du titre, ou l'on applique la loi de la société et la législation de 1872 suit le titre comme un véritable statut personnel, mais ne s'applique plus en aucun cas aux titres émis par les sociétés étrangères. Il est évidemment commode de se prévaloir alternativement suivant les hypothèses de l'un ou l'autre système, car cela permet d'appliquer la loi française dans tous les cas, mais une telle solution rompt avec toute logique juridique.

Une semblable critique serait parfaitement justifiée si le système jurisprudentiel était effectivement le système hybride que nous venons de dépeindre, système appliquant tour à tour la *lex loci contractus* et la loi de l'établissement débiteur, et les considérant comme ayant toutes deux une *compétence normale* dans deux domaines voisins.

Par contre, la conception des tribunaux français devient beaucoup plus défendable sur le plan juridique si l'on examine attentivement les différentes décisions et si l'on se livre à des rapprochements entre elles. On s'aperçoit alors :

a) que la loi française, dans l'hypothèse du titre au porteur d'une société française négocié à l'étranger, n'est pas compétente en tant que loi de la société, mais en tant que *lex fori ;*

b) que sa compétence n'est pas une compétence ordinaire résultant de l'application des règles normales de conflit de lois, mais une

émis ne peuvent pas être revendiqués par le propriétaire dépossédé dès l'instant où ils ont été l'objet d'une négociation dans un pays où la revendication des titres au porteur est exclue, alors même que, soit au moment de la dépossession, soit au moment de l'exercice de l'action en revendication, ils se trouveraient dans un pays où la revendication des titres au porteur est admise.

compétence extraordinaire fondée sur l'*ordre public*. La loi normalement compétente demeure dans tous les cas la *lex loci contractus*, mais lorsque les dispositions de la loi étrangère sont incompatibles avec les conceptions fondamentales du droit français, on revient à la loi du For.

Le titre auquel la loi française s'applique découle incontestablement des décisions. Si certaines d'entre elles sont relativement peu claires et peuvent laisser croire que la loi française tire sa compétence de son caractère de *lex debitoris*, il n'est besoin, pour se convaincre du contraire, que de les rapprocher d'autres arrêts dans lesquels la jurisprudence a appliqué les dispositions de la loi de 1872 à des titres de sociétés étrangères négociés à l'étranger. Dans ce cas, la loi de la société est la loi étrangère. La jurisprudence attribue cependant compétence à la loi française. Ce ne peut être évidemment qu'à titre de *lex fori*. C'est cette affirmation qui nous semble découler du jugement du Tribunal civil de la Seine du 15 juillet 1885 (1). Des titres étrangers ayant été volés chez un banquier, puis ayant fait l'objet d'un nantissement en Angleterre, revinrent en France où ils furent retenus par la banque qui, s'appuyant sur les prescriptions de la loi de 1872, refusa de les rendre au créancier gagiste. Le Tribunal de la Seine admit la validité de la rétention effectuée par le banquier et appliqua la loi de 1872. Comment justifier, dans ce cas, la compétence de la loi française ? Le titre se trouvant en France au moment où l'action en justice avait été intentée, le Tribunal aurait pu affirmer que la loi française était compétente à titre de *lex rei sitæ*. Mais nous avons vu les inconvénients considérables auxquels se heurte la solution préconisée par M. Niboyet. D'autre part, admettre la compétence de la loi française en tant que *lex rei sitæ* conduirait à priver l'ensemble du système juridique de la jurisprudence de toute cohérence puisque la loi française serait compétente à trois titres différents : *lex loci contractus* pour les titres de sociétés étrangères négociés en France, *lex debitoris* pour les titres de sociétés françaises négociés à l'étranger, *lex rei sitæ* pour les titres de sociétés étrangères négociés à l'étranger.

Si l'on veut justifier du point de vue juridique le système jurisprudentiel, on ne peut admettre dans les deux dernières hypothèses la compétence normale de la loi française. Il faut, au contraire, partir du principe que la *lex loci contractus* demeure ordinairement

189. — (1) Paris, 14 décembre 1883 (S. 1885.1.184); Trib. civ. Seine, 15 juillet 1885 (Clunet 1885, p. 450); Trib. Seine, 6 août 1885 (G.P. 1886.2. supplément 49); 8 août 1885 (G.P. 1885.2.465); Trib. Seine, 10 janvier 1893 (Gaz. Trib. 17-18 avril 1893, Dr. Fin. 1893, p. 280); Cass. 15 juin 1909 (S. 1911.1.80; note Naquet).

applicable. Mais il se trouve que la législation étrangère normalement applicable n'admet pas la revendication de la victime contre le porteur, parce qu'elle veut assurer avant tout la libre circulation du titre. La loi française, au contraire, considère la revendication du propriétaire dépossédé comme une pièce maîtresse de son système, comme un des principes de base sur lesquels repose sa conception en matière de valeurs mobilières. Il existe entre les deux lois un défaut de communauté juridique tel que les tribunaux français ne peuvent pas se résoudre à appliquer une loi étrangère qui choque aussi violemment l'ordre public français. Ils l'écartent donc et lui substituent la loi du For (2).

Dans ces conditions, si l'on voit dans l'ordre public le fondement de la compétence extraordinaire de la loi française, l'exclusion de la *lex loci contractus* ne saurait se produire automatiquement dans tous les cas. Elle ne doit avoir lieu que lorsque la divergence entre les dispositions de fond des deux législations est si profonde qu'elle apparaît comme l'expression d'un défaut de communauté juridique flagrant. Aussi pratiquement, il n'y aura lieu de revenir à la compétence de la *lex fori* que lorsque la *lex loci contractus* appartiendra à l'un des pays du groupe anglo-allemand. Au contraire, toutes les fois que la divergence entre les deux législations ne porte que sur des points de détail, la loi du lieu de négociation du titre ne doit pas être écartée, car il n'y a pas véritablement dans ce cas atteinte à l'ordre public. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un titre d'une société française est négocié en Belgique. La loi belge admet la revendication de la victime, mais elle la soumet à des modalités différentes de celles de la loi française. Il n'y a pas dans cette hypothèse un défaut de communauté juridique suffisant pour permettre au juge de revenir à la *lex fori*. Il appartiendra d'ailleurs aux tribunaux d'apprécier souverainement s'il y a violation de l'ordre public.

Il faut donc, et c'est la seule explication juridique satisfaisante que l'on puisse donner du système jurisprudentiel, admettre la compétence de principe de la *lex loci contractus* et le retour à la *lex fori* par le correctif de l'ordre public.

Cette justification sur le plan juridique, jointe aux avantages de la théorie de la jurisprudence qui permet d'assurer la protection de la victime dans presque toutes les hypothèses, est-elle de nature à nous permettre de la considérer comme la solution rationnelle des conflits de lois auxquels donnent lieu les rapports entre le propriété-

189. — (2) V. en ce sens : BERTIN : *Les dispositions d'ordre public* (Revue de Droit Intern. et de Législation comparée 1897, p. 392); VINCENT : *De l'application de la loi française aux négociations à l'étranger de titres au porteur perdus ou volés* (Clunet 1886, p. 676); LAGARDE, *op. cit.*, n° 110, p. 144.

taire dépossédé et les tiers porteurs ? Nous ne le pensons pas, car le système jurisprudentiel français, comme d'ailleurs celui consacré par la majorité des juridictions étrangères qui appliquent la *lex loci contractus* sans faire jouer le correctif de l'ordre public, se heurte à des inconvénients assez graves pour nous interdire de l'adopter.

En effet, l'adoption de la *lex loci contractus* présente le grave inconvénient de ne pas cadrer avec la solution unanimement admise pour régir les rapports entre la victime et la société émettrice, à savoir l'application de la *lex debitoris*. On arrive ainsi à une scission, à une rupture dans le régime juridique international des titres perdus ou volés, puisqu'ils seront soumis à deux lois distinctes suivant les rapports envisagés. Sans doute, on peut faire remarquer que les deux questions sont bien délimitées et que des considérations différentes doivent dicter la solution de l'une et de l'autre. Mais il n'en demeure pas moins que la distinction des rapports de la victime et de l'établissement débiteur d'une part et des tiers porteurs de l'autre, si elle constitue un procédé de raisonnement commode, n'empêche pas qu'il existe entre eux des liens étroits. C'est en effet par le jeu combiné des deux oppositions que l'on arrive à une protection efficace du propriétaire dépossédé. Si l'on applique à chacune d'entre elles des lois différentes et contradictoires, on n'arrivera qu'à démunir la victime de toute protection pour avoir voulu trop bien la préserver. Il n'est pour s'en convaincre que de prendre un exemple. Un titre émis par un société étrangère a été volé, puis négocié en France. Le tribunal français appliquera la loi française *lex loci contractus* pour régir les rapports de la victime et de l'acquéreur du titre. Par contre, la loi étrangère, loi de la société, sera compétente pour régler les rapports de la victime et de l'établissement débiteur. De cette façon, le propriétaire dépossédé pourra exercer sa revendication d'après la loi française. Mais à l'égard de la société étrangère, conformément à la loi applicable, l'acquéreur sera considéré comme le seul créancier. La protection ainsi assurée au propriétaire dépossédé sera illusoire, puisque s'il pourra en faisant opposition au Syndicat des Agents de Change refuser de se voir opposer toute négociation ultérieure du titre, il sera considéré comme un étranger par la société émettrice et ne pourra pas toucher les dividendes ni exercer ses droits d'actionnaire. Le défaut de communauté juridique montre le danger qu'il y a à soumettre à des lois différentes des situations si voisines qu'elles s'interpénètrent nécessairement.

C'est à ces inconvénients que l'on peut s'efforcer de remédier en soumettant, dans tous les cas et quels que soient les rapports envisagés, le titre à une loi unique par l'utilisation de la notion de statut personnel.

B. — *Théorie du statut personnel du titre*

190. — Lors du Congrès de Gand de 1906 au cours duquel la *lex loci contractus* avait été adoptée, une controverse très vive s'était élevée entre les membres de l'Institut de Droit International. En effet une forte minorité (1), à la tête de laquelle se trouvaient deux juristes français, MM. Darras et Charles Dupuis, préconisait l'adoption du statut personnel du titre, système qui peut se prévaloir également de la haute autorité de Thaller (2).

Partant de l'idée que l'admission de la *lex loci contractus* réduisait considérablement le domaine d'application de la loi française et qu'il est anormal de scinder en deux le régime juridique du titre, ces auteurs ont pensé qu'il fallait appliquer aux rapports du propriétaire dépossédé et des tiers porteurs la même solution qu'à ceux de la victime et de la société émettrice et les soumettre par conséquent à la loi de l'établissement débiteur.

Il y aurait donc une loi du titre qui le régirait pendant toute son existence, le suivant sur tous les marchés étrangers en tant que loi nationale. En effet, déclarent les partisans de cette thèse, on attribue bien une nationalité aux sociétés et aux navires, pourquoi ne pas en conférer une aux valeurs mobilières ? Cette nationalité serait déterminée par le lieu de naissance du titre qui est nécessairement au siège social de la société émettrice. En effet, à la différence des meubles corporels, les titres au porteur tiennent leur existence de la loi puisque c'est la loi qui crée le droit de créance qu'ils constatent. Dans ces conditions, il est beaucoup plus rationnel de soumettre l'ensemble de leur régime juridique à la loi qui a présidé à leur création plutôt que de le faire régir pour partie par la loi du pays sur le territoire duquel ils ont été négociés, car le lieu de négociation est purement accidentel et dépend de la fantaisie, de l'inspiration du voleur.

Malgré ces divers avantages, le système du statut personnel n'a pas recueilli l'adhésion de notre jurisprudence et seules quelques décisions lui ont fait des emprunts extrêmement discrets (1). Une telle hostilité se justifie-t-elle ou devons-nous au contraire venir grossir le nombre des partisans du statut personnel du titre ?

A notre avis, le système du statut personnel tel qu'il a été soutenu appelle un correctif : la substitution de la notion de domicile à celle de nationalité. D'autre part, même ainsi corrigé, ses mérites sont très variables suivant qu'on les envisage d'un point

190. — (1) C'est seulement par 9 voix contre 7 et 5 abstentions que la résolution de l'Institut a été adoptée.

190. — (2) THALLER, article précité.

de vue universaliste ou d'un point de vue nationaliste. En effet, les réformes récentes qui marquent la défaveur du législateur français à l'égard des titres au porteur modifient dans une large mesure, tout au moins pour ce qui est des actions de sociétés les données du problème en Droit International Privé français. Ce sont ces deux considérations qui détermineront le système proposé.

C. — *Système proposé*

191. — Lorsque nous nous sommes occupés de la détermination de la loi applicable à la société, nous nous sommes élevés contre l'application abusive qui était faite aux personnes morales du concept de nationalité. A plus forte raison, nous refusons-nous à parler de nationalité des titres. En effet, si la notion de nationalité des sociétés pouvait s'appuyer sur certaines analogies entre la société et l'individu, du fait que celle-ci, dotée de la personnalité morale pouvait exercer une activité qui, sur le plan juridique est voisine de celle des personnes physiques, il n'en est pas de même des titres. Ces derniers ne sont que la concrétisation, sur le plan matériel, d'une créance représentant le droit lui-même ; ils ne peuvent être considérés en même temps comme sujets de droit, qualité à laquelle le concept de nationalité nous semble indissolublement liée. C'est la raison pour laquelle il est beaucoup plus rationnel de fonder la compétence de la loi de l'établissement débiteur sur la localisation fictive du titre au siège social de la société émettrice. On parlera alors de domiciliation du titre. Outre qu'un semblable fondement permettra d'écarter le concept de nationalité dont l'application constitue une hérésie en la matière, il aura également l'avantage d'être identique à celui sur lequel la jurisprudence fait reposer la compétence de la *lex debitoris* dans les rapports du propriétaire dépossédé et de l'établissement débiteur. On partiendra ainsi à un fondement unique se concrétisant en un régime unitaire qui cadre avec une saine conception du régime des titres au porteur en droit international.

Sous réserve de cette remarque, nous pensons que la compétence de la loi de la société se justifie parfaitement au point de vue d'une stricte logique juridique.

Si nous envisageons la valeur de ce système en nous plaçant sur le plan de l'opportunité, nous ne pouvons formuler des conclusions aussi optimistes. Elles doivent être nécessairement plus nuancées, car elles sont susceptibles de varier suivant que l'on examine la question sous un angle universaliste ou nationaliste.

D'un point de vue universaliste la loi de la société émettrice nous semble la meilleure, car elle est susceptible d'être adoptée par les différents Etats sans porter une atteinte trop grave à leur souveraineté. Dans chaque pays les sociétés nationales seront soumises à la loi étrangère, ce qui est parfaitement rationnel. Chaque Etat abdiquera sa souveraineté sur les titres étrangers circulant à l'intérieur de ses frontières et obtiendra en compensation le droit de régir les titres de ses propres sociétés circulant à l'étranger.

Tout au plus une semblable solution pourrait-elle présenter parfois des inconvénients pour les Etats qui n'admettent pas la revendication de la victime. Ils pourraient craindre en effet que les souscripteurs éventuels, se sentant mieux protégés par la loi étrangère, ne délaissent les sociétés nationales pour se rendre uniquement acquéreurs de titres de sociétés étrangères et, ce faisant, n'apportent pas les capitaux nécessaires au développement du commerce et de l'industrie. Mais une telle crainte est chimérique, car elle suppose chez les souscripteurs une perspicacité qui n'est pas la règle habituelle.

On pourrait objecter également qu'il est dangereux pour l'Etat de laisser à une loi étrangère le contrôle des titres étrangers circulant sur son territoire. Sans doute l'application de la loi nationale permet d'assurer avec plus d'efficacité la police des marchés nationaux, mais elle va à l'encontre de sa propre extension à l'ensemble des titres des sociétés ressortissant à l'Etat en question. On pourra certes objecter que le principal intéressé n'est pas l'Etat ou la société, mais le propriétaire dépossédé et le tiers acquéreur du titre. Toutefois, il faut remarquer que tous deux ne sont là qu'en tant qu'actionnaires, obligataires ou porteurs de parts de la société. La victime en souscrivant le titre lors de l'émission, le tiers acquéreur en l'achetant lors de la négociation effectuée par le voleur sont venus se placer sous l'empire de la loi de la société. On admet qu'ils ont accepté tacitement sa compétence pour régir leurs droits d'actionnaire ou d'obligataire et leurs rapports avec la société émettrice (1). Pourquoi ne pas étendre cette acceptation à l'ensemble du régime du titre ? On obligera sans doute le porteur du titre à connaître le droit étranger. Mais n'est-il pas normal que l'actionnaire d'une société ait conaissance des principales dispositions de la loi qui régit la personne morale dans laquelle il entre ? Une fois le principe admis, le reste n'est plus qu'une question d'aménagements tendant à lui faciliter cette connaissance. Il suffira par exemple

191. — (1) V. en ce sens : Trib. comm. Seine, 18 juin 1881 (Clunet 1882, p. 527); Cour d'appel de Nancy, 28 octobre 1890 (Clunet 1890, p. 237).

d'opérer une publicité suffisante en imprimant au dos du titre les dispositions applicables en cas de vol.

Du point de vue universaliste, il semble donc qu'à défaut d'une réglementation internationale conduisant à l'unification des différentes législations relatives à la protection des propriétaires de titres perdus ou volés, la loi de la société émettrice soit la plus susceptible de recueillir l'adhésion des principaux Etats. Elle n'a été, comme nous l'avons vu, repoussée au Congrès de Gand qu'à une très faible majorité. Si de nouvelles tentatives étaient faites aujourd'hui, nous pensons qu'elle triompherait. Toutefois, elle aurait vraisemblablement contre elle les voix des représentants de la France, car, surtout depuis les réformes récentes, elle ne semble pas correspondre aux intérêts français.

192. — Si l'on se place d'un point de vue nationaliste on doit s'attacher à la protection du propriétaire dépossédé qui est le souci dominant du législateur français et, considérant le régime de la loi de 1872 comme le meilleur, chercher à en étendre le plus possible le domaine d'application. La soumission à la loi du siège social des valeurs d'une société conduit nécessairement à exclure l'ensemble des valeurs étrangères émises en France, du bénéfice des dispositions de la loi de 1872. Or, comme l'ont fait remarquer plusieurs auteurs, une telle exclusion risquerait de causer un préjudice très grave aux porteurs français, les titres étrangers souscrits par des français étant en nombre assez considérable. Est-il possible d'y remédier tout en conservant la compétence de principe de la loi de l'établissement débiteur ?

M. Lagarde, par un aménagement de la théorie du statut personnel s'est efforcé d'atteindre ce but (1). Il a fait remarquer que la loi applicable dépendant du domicile du titre, il suffisait pour faire tomber les titres étrangers sous l'empire de la loi française d'exiger des sociétés émettrices la domiciliation de leurs titres en France.

Pratiquement ce système présente évidemment l'avantage d'étendre considérablement le domaine d'application de la loi française. Il aboutit en effet à un résultat sensiblement analogue à celui de la conception jurisprudentielle fondée sur la *lex loci contractus* et l'ordre public, puisque dans l'une comme dans l'autre conception, la loi française s'applique à la fois aux titres français circulant à l'étranger et aux titres étrangers circulant en France. La seule différence réside dans le fait que le principe de compétence est opposé et que le correctif employé joue par conséquent en sens

192. — (1) LAGARDE, *op. cit.*, n° 116, p. 149.

inverse. Les tribunaux par l'adoption de la *lex loci contractus* soumettent en principe à la loi française tous les titres circulant en France et, par le jeu de l'ordre public, étendent l'application de la loi française aux titres de sociétés françaises circulant à l'étranger. M. Lagarde, adoptant l'idée de statut personnel, soumet à la compétence de principe de la loi française tous les titres des sociétés françaises et, par l'exigence d'une domiciliation en France des valeurs étrangères émises dans notre pays leur étend l'application de la loi française.

A raison de cette similitude de résultats, la conception de M. Lagarde mérite-t-elle les reproches qui ont été formulés à l'encontre du système jurisprudentiel ?

Du point de vue de la logique juridique, il ne le semble pas. En effet, une seule loi demeure applicable dans tous les cas : la loi du domicile du titre. M. Lagarde réussit à faire entrer sous l'empire de la loi française les valeurs étrangères émises en France, non pas en modifiant le titre en vertu duquel la loi française est applicable, mais en réussissant, par un stratagème à modifier, la localisation de l'élément de rattachement qui fonde la compétence législative.

Mais c'est précisément ce stratagème qui nous semble critiquable. En effet, la domiciliation en France des titres émis par les sociétés étrangères est par trop artificielle, car elle repose sur une fiction. Lorsque dans la théorie du statut personnel, on parle du domicile du titre, on conçoit beaucoup moins ce domicile comme une localisation effective de la valeur mobilière que comme le domicile de l'établissement débiteur, en l'occurence le siège social de la société émettrice. Dans ce cas, la domiciliation du titre s'appuie sur un support : le siège social de la personne morale qui lui a donné naissance et qui, étant un sujet de droit peut avoir un domicile qui corresponde à une réalité tangible. Sans doute, M. Lagarde envisage essentiellement l'hypothèse des titres émis en France et les domicilie au lieu d'émission. Mais n'est-ce pas indirectement attribuer à la société dans chaque pays où elle émet des titres, un domicile pour les besoins de la cause et consacrer implicitement le principe de la pluralité de domiciles à l'égard duquel l'aversion du droit français, bien qu'elle se soit atténuée, demeure encore vive ?

D'autre part, un des avantages essentiels de la théorie du statut personnel résidait dans le fait que, par suite de la domiciliation du titre au siège social de l'établissement émetteur, on faisait régir par une loi unique les rapports du propriétaire dépossédé avec, d'une part les tiers porteurs et, d'autre part, la société émettrice. En effet, ces derniers rapports sont soumis, et tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître la légitimité de cette solution, à la *lex*

debitoris. La domiciliation du titre dans un pays différent de celui de la société a pour effet de détruire cette harmonie et de rompre l'unité du régime juridique du titre. On revient par là-même aux inconvénients de la dualité de régimes, inconvénients que nous avons dénoncés.

Enfin, et c'est le principal reproche que nous formulerons à l'encontre du système proposé par M. Lagarde, cette solution ne peut conduire à un accord sur le plan international, car elle est rigoureusement inapplicable d'un point de vue universel.

L'Etat français, en admettant que les titres français circulant à l'étranger sont soumis à la loi française, souhaite que les tribunaux étrangers, lorsqu'ils seront saisis d'une semblable espèce reconnaissent la compétence de la loi française et confèrent l'*exequatur* aux jugements français statuant en ce sens. Or, il ne reconnaît pas lui-même la compétence de la loi étrangère sur les titres étrangers circulant en France. Il risque de ce fait de s'attirer les mesures de rétorsion que mérite son attitude intransigeante. Si l'Etat étranger adopte un système analogue, les tribunaux de chaque pays appliqueront toujours leur propre loi à toutes les espèces dont ils seront saisis. Dans ce cas, pourquoi ne pas affirmer tout de suite que dans toutes les hypothèses les tribunaux français admettront la compétence exclusive de la *lex fori* et considérer que le conflit de lois sera résolu dès que le conflit de juridictions aura reçu sa solution ? Nous avons vu que c'est le résultat auquel la jurisprudence aboutit en fait.

On pourra certes répondre que la règle française de conflit n'a pas à s'occuper des solutions consacrées par les autres législations, du fait qu'ele jouit d'une autonomie totale. Nous sommes d'accord sur ce point. Mais, si nous pensons, avec l'ensemble de la doctrine moderne que l'avenir du Droit International Privé réside dans un nationalisme bien compris, il n'en demeure pas moins vrai que la recherche de l'entente internationale et de la communauté juridique ne doit pas être négligée et qu'elles demeurent toutes deux un idéal vers lequel on doit tendre.

Par conséquent, la théorie du statut personnel n'est pas susceptible, à notre avis, de recevoir de correctif lui permettant de conférer à la loi française un domaine d'application plus vaste. Elle doit nécessairement conduire à exclure du régime de la loi de 1872 les titres étrangers circulant en France et à soumettre en contrepartie à la compétence de la loi française les titres français circulant à l'étranger.

193. — Dès lors, pour apprécier d'un point de vue nationaliste l'opportunité de l'adoption de ce système, il faut se demander si

une telle contre-partie est suffisante pour justifier de la part de l'Etat français la renonciation aux avantages que lui confère l'exercice de son droit de contrôle sur les marchés nationaux.

Avant les réformes récentes la solution pouvait être discutée et un certain équilibre existait effectivement entre les inconvénients résultant pour notre pays de l'abandon de certaines de ses prérogatives et les avantages consécutifs aux droits qui lui étaient conférés en contre-partie. Mais les lois du 28 février 1941 et du 3 février 1943 sont venues modifier profondément les données du problème pour une fraction importante des titres émis par les sociétés : les actions et les parts de fondateur. Seules les obligations échappent en effet à cette législation.

Désormais, les actions des sociétés françaises et étrangères faisant l'objet d'une négociation sur un marché peuvent être mises au nominatif ou, si elles conservent la forme au porteur doivent être déposées dans un établissement de banque ou chez un agent de change. D'autre part, les actions émises par les sociétés françaises constituées depuis le 28 février 1941 sont nécessairement nominatives. Les cessions directes d'actions et de parts de fondateurs doivent être enregistrées.

Ces dispositions de la loi du 28 février 1941 constituaient une première marque de la défiance du législateur à l'égard des titres au porteur. La loi du 3 février 1943 est allée plus loin encore puisqu'elle exige que toutes les actions des sociétés françaises désignées par arrêté ministériel revêtent la forme nominative à moins d'être placées en dépôt à la Caisse Centrale des Dépôts et virements de titres (1).

Quelle est l'incidence de ces réformes sur la solution du conflit de lois ?

Désormais, les actions des principales sociétés françaises étant soit nominatives, soit déposées à la C. D. V. T. tout danger de vol se trouve écarté pour elles. Du moment qu'il n'y a plus guère d'actions françaises circulant à l'étranger sous la forme au porteur, l'intérêt, pour l'Etat français, de l'application de la loi de la société diminue considérablement, puisqu'en échange de l'abandon de ses prérogatives sur les titres étrangers circulant en France, il ne recevra qu'une contre-partie dérisoire à raison du petit nombre de titres français circulant à l'étranger sous la forme au porteur (obligations, actions de sociétés françaises non énumérées dans l'arrêté ministériel).

193. — (1) Art. 1er de la loi du 3 février 1943 sur la forme des actions : « A l'expiration des délais qui seront fixés par des arrêtés du secrétaire d'Etat à l'Economie Nationale et aux Finances, toutes les actions de sociétés françaises appartenant aux catégories visées dans lesdits arrêtés devront revêtir la forme nominative à moins d'être placées en dépôt à la Caisse Centrale des Dépôts et Virements de titres. »

L'équilibre ne se trouverait d'ailleurs pas rompu si, du fait des nouvelles mesures frappant la circulation des titres étrangers circulant en France, l'État pouvait renoncer sans encombre à les régir. Or, il n'en est rien. Le but poursuivi par la loi du 28 février 1941 est d'assainir les marchés financiers en faisant échec à la fraude et à la spéculation. Elle apparaît donc comme une loi de police et de sûreté dont l'application doit être territoriale.

Il faut donc que la loi applicable à la revendication des titres perdus ou volés soit telle qu'elle facilite le plus possible le jeu des réformes récentes sans sacrifier les intérêts du propriétaire dépossédé.

En effet, l'exigence de la mise au nominatif ou du dépôt chez un banquier ou un agent de change pour la négociation de l'action n'exclut pas toute possibilité de vol. On peut parfaitement concevoir qu'une personne dérobe un titre étranger à son premier propriétaire, alors qu'il se trouvait encore sous la forme au porteur. Aussi longtemps que le voleur conservera le titre, le problème de la détermination de la loi applicable n'aura qu'un intérêt relatif, toutes les législations admettant la revendication contre le voleur. C'est au moment où le voleur cherche à se débarrasser du fruit de son larcin que la question se pose. Il doit pour négocier le titre en France où le mettre au nominatif ou le déposer chez un agent de de change ou un banquier. S'il opère une cession directe, celle-ci doit être enregistrée chez un agent de change.

Si le voleur a réussi à déposer le titre chez un banquier ou s'il a opéré une cession directe, le titre étant demeuré au porteur, faut-il lui appliquer la loi de 1872 ? Une telle solution nous semble infiniment souhaitable. En effet, les réformes récentes stipulant le dépôt du titre dans un établissement bancaire et l'enregistrement de la cession directe tendent à permettre au propriétaire dépossédé de retrouver plus facilement la trace du titre volé et la personnalité du possesseur actuel. A quoi serviraient de semblables précautions, si par suite de l'application au titre d'une loi étrangère le propriétaire dépossédé se trouvait privé de toute possibilité de revendication ? La loi de 1872 et les réformes récentes sont inspirées du même esprit, elles tendent toutes au même résultat : freiner la libre circulation du titre. Loin de se heurter, elles se complètent donc et leur harmonie sera d'autant plus grande que leur domaine d'application sera similaire. C'est la raison pour laquelle dans ce cas les intérêts français commandent l'application de la loi française à titre de *lex loci contractus* (2).

193. — (2) On peut également envisager l'hypothèse dans laquelle le titre au porteur faisant l'objet d'une négociation normale a été, conformément aux prescriptions de la législation récente, déposé chez un banquier par son véri-

Il se peut également que le voleur, au moment de la négociation réussisse, sans attirer l'attention sur l'origine du titre à le mettre au nominatif. Dans ce cas, le tiers acquéreur se trouve en possession d'un titre nominatif. Si le propriétaire dépossédé vient revendiquer le titre entre les mains du tiers acquéreur, faut-il admettre la possibilité de revendication ? Il n'est plus question dans cette hypothèse d'appliquer le régime de la loi de 1872 puisque le titre est devenu nominatif. Il faut se demander si le transfert a pu conférer à l'acquéreur la propriété du titre, bien que son auteur ne soit pas le *verus dominus*.

Là encore la détermination de la loi applicable présente un intérêt considérable. En effet, les différentes législations ne considèrent pas le transfert des titres nominatifs sous le même angle.

Nous avons vu en effet, que dans certaines législations le transfert avait pour effet de conférer au nouveau titulaire un droit purgé de tous ses vices. Mais le droit français continue à admettre que la formalité du transfert ne saurait faire échec à la revendication du *verus dominus*.

Il nous semble que lorsqu'un titre au porteur a été volé et que le voleur l'a transféré à un tiers après l'avoir converti au nominatif, il est logique de permettre au titulaire dépossédé de recouvrer son bien et les avantages qui y sont afférents. Or, la compétence de certains droits étrangers conduirait à exclure cette possibilité. C'est pourquoi nous pensons que dans la mesure où la loi française admet l'action du propriétaire dépossédé, il est préférable de lui donner, à titre de *lex loci contractus*, compétence pour régir les actions et parts de fondateurs émises par les sociétés étrangères et négociées en France.

En conclusion, d'un point de vue nationaliste, il faut actuellement soumettre à la *lex loci contractus* les rapports entre le propriétaire dépossédé et les tiers acquéreurs, car cette solution permettra de soumettre à la loi française, d'une part les seules actions et parts de fondateurs pour lesquelles un problème de droit international se pose désormais en pratique : celles émises par des sociétés étrangères et circulant en territoire français. Seules échapperont à notre loi les obligations émises par des sociétés françaises et dont le tiers porteur s'est rendu acquéreur en territoire étranger. S'il apparaît au juge que la loi étrangère normalement compétente

table propriétaire. Un certificat nominatif est délivré à l'acquéreur. Puis le titre déposé chez le banquier est volé. Si la société étrangère refuse de conférer au titulaire du certificat nominatif les droits attachés au titre et lui préfère le porteur, il y a intérêt à permettre au titulaire du certificat nominatif qui est le propriétaire du titre de revendiquer ce dernier. Là encore l'application de la loi française permettra d'atteindre le résultat équitable.

pour régir ces dernières obligations consacre une solution par trop injuste, il pourra par le jeu de l'exception d'ordre public revenir à la compétence de la *lex fori*. Mais par suite de la rareté des titres au porteur français circulant à l'étranger, le juge français n'aura à user de cette exception que d'une façon très limitée. Elle conservera donc l'aspect d'une véritable exception et ne prendra pas l'aspect d'un second principe juxtaposé à la compétence normale de la *lex loci contractus* et en contradiction apparente avec elle. Ainsi, le système conservera une cohérence que ne pouvait avoir, par suite de la fréquence des valeurs françaises circulant à l'étranger la conception jurisprudentielle antérieure.

Ainsi, alors que du point de vue universaliste la loi de la société émettrice semble la plus susceptible de servir de base à des accords internationaux recélant une solution commune de conflit, d'un point de vue nationaliste la *lex loci contractus* semble la plus conforme aux intérêts français actuels. Cette contradiction est un vivant exemple du défaut de communauté juridique internationale issu du particularisme sans cesse accru des différents droits nationaux, défaut auquel il semble malheureusement impossible de remédier en l'état actuel des relations juridiques inter-étatiques.

TITRE III

Les conflits de lois relatifs au fonctionnement des sociétés commerciales

---

194. — Le fonctionnement des sociétés comme leur constitution est soumis en principe à la loi du siège social. La compétence de cette dernière ne soulève d'ailleurs que peu de difficultés en ce domaine, tant elle apparaît nécessaire et indiscutable.

Une société ne peut en effet fonctionner d'une façon satisfaisante que dans la mesure où l'unité de son statut juridique est assurée. On envisage d'ailleurs difficilement la compétence normale de plusieurs lois concurrentes dont les dispositions se recouvriraient en recelant des contradictions rendant leur conciliation impossible.

Il est un certain nombre de dispositions relatives au fonctionnement des sociétés commerciales dont l'application ne soulève aucun problème de conflit de lois. C'est le cas de l'ensemble des règles relatives à la tenue des assemblées générales d'actionnaires, à la répartition des dividendes, à la constitution des réserves.

L'associé étranger ne saurait évidemment dans toutes ces hypothèses exciper de sa qualité d'étranger pour prétendre invoquer la compétence de sa loi nationale, car en souscrivant les titres de la société, il s'est soumis de son plein gré, pour l'ensemble de ses rapports avec elle à la loi du siège social.

C'est la raison pour laquelle il paraît inutile de se livrer à une étude détaillée de ces différentes questions dont la solution ne soulève aucune difficulté. Il convient seulement de noter les divers points sur lesquels en dépit de l'évidence de la solution du problème de compétence législative, des contestations se sont élevées en pratique, contestations auxquelles la jurisprudence a d'ailleurs chaque fois mis un terme par l'application généralisée de la loi de la société.

Ces contestations ont porté principalement sur trois points : les droits des associés, des porteurs de parts de fondateurs et des obligataires, la nomination et les pouvoirs des organes sociaux et enfin la responsabilité des gérants et des administrateurs. Dans les deux premières matières, la question s'est posée de savoir si la

compétence normale de la loi de la société ne pouvait pas être exceptionnellement écartée pour des raisons d'ordre public. En matière de responsabilité au contraire c'est le principe même de la compétence normale de la loi de la société qui est en cause, à raison des principes de solution de conflits de lois admis dans ce domaine, principes qui tendent à consacrer, tout au moins en matière délictuelle, la compétence de la *lex loci delicti.*

CHAPITRE I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AUX DROITS DES ASSOCIÉS, DES PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR ET DES OBLIGATAIRES

195. — Les droits des associés et des porteurs de parts sont soumis à la compétence de principe de la loi de la société. Pour les obligataires la loi compétente est la loi d'autonomie et à titre supplétif la loi de la société. C'est seulement dans quelques hypothèses exceptionnelles que l'ordre public permet de revenir à la compétence de la *lex fori*.

A. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits et obligations des associés*

Il est incontestable que la compétence doit appartenir en ce domaine à la loi de la société. En effet, en adhérant au contrat de société, les futurs associés sont venus volontairement se placer sous l'empire de la loi du siège social dont ils ont d'avance accepté la compétence pour régir toutes leurs relations avec la collectivité dans laquelle ils entraient. Si la loi de la société ne leur confère que des droits limités ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes. D'ailleurs des précautions ont été prises pour éviter que les fondateurs de sociétés étrangères puissent abuser de la crédulité des épargnants français et la publicité de l'émission organisée par la loi de 1907, si imparfaite soit-elle, met le souscripteur à l'abri de surprises désagréables. Dans ces conditions si l'associé est néanmoins trompé, ce sera par suite de sa négligence et sa protection ne se justifie plus .D'ailleurs, les dangers résultant pour l'associé de l'application de la loi de la société par suite de l'ignorance dans laquelle il se trouve des dispositions de celle-ci ne se conçoivent pas dans les sociétés de personnes puisque le plus souvent les associés ont eux-mêmes collaboré à l'élaboration des statuts.

Pour ces différentes raisons, le principe de la compétence de la loi de la société n'a jamais été sérieusement contesté en ce domaine. Nous avons vu en étudiant les conflits de lois relatifs à l'émission des titres des sociétés étrangères plusieurs décisions de jurisprudence qui consacraient ce principe (1).

La compétence normale de la loi de la société étant ainsi admise, la seule question que l'on puisse se poser est celle de savoir s'il n'est pas justifié de revenir à la compétence exceptionnelle de la loi française sur le fondement de l'ordre public lorsqu'il existe entre les législations française et étrangère un défaut de communauté juridique tel que certaines des dispositions de la loi de la société heurtent un des principes de base de notre droit des sociétés. (Droits de vote et de préemption, interdiction des clauses léonines).

C'est ainsi qu'en droit français l'assemblée des actionnaires ne saurait porter atteinte aux droits fondamentaux des associés et que la protection des minorités est un principe intangible. Or, il peut se faire que la même règle ne soit pas consacrée par le droit étranger et qu'un actionnaire français d'une société étrangère attaque devant un tribunal français la délibération d'une assemblée générale par laquelle ses droits ont été diminués. Le tribunal français peut-il en vertu de l'exception d'ordre public admettre la compétence de la loi française et prononcer la nullité de la délibération ?

La solution affirmative est des plus douteuses. Il est certain en effet que le tribunal français ne pourra pas prononcer la nullité de la délibération avec quelque chance d'efficacité, car l'assemblée générale se tient le plus souvent au lieu du siège social et le jugement français statuant en ce sens obtiendra très difficilement l'exequatur dans ce pays. Tout au plus pourrait-on concevoir, pour protéger l'actionnaire français, que la réduction de ses droits soit inopposable en France. Toutefois, là encore l'actionnaire ne semble pas pouvoir tirer grand profit d'un semblable jugement.

D'autre part, il ne faut pas oublier qu'en souscrivant ses actions, l'associé s'est soumis à la loi de la société et il semble difficile en présence de cette sorte de renonciation tacite à invoquer dans ses rapports avec la société la compétence de sa loi nationale de revenir à cette dernière. C'est cette considération qui est à notre avis déterminante. Elle conduit donc non seulement à consacrer la compétence normale de la loi de la société, mais encore à écarter presque toujours l'intervention de l'ordre public.

En dehors des sociétés anonymes la même règle de compétence législative est applicable, notamment aux droits des commanditaires dans les sociétés en commandite simple ou par actions.

195. — (1) V. supra p. 240-245.

On sait qu'en droit français le commanditaire est un simple bailleur de fonds dont la responsabilité est limitée au montant de son apport. Mais cette limitation de sa responsabilité est la conséquence de son caractère occulte, de sa qualité de simple prêteur. Aussi toute immixtion du commanditaire dans les affaires sociales entraîne sa transformation en commandité et le rend responsable *in infinitum*, conformément au principe posé par l'article 28 du Code de Commerce.

Cette sanction est-elle applicable au commanditaire d'une société étrangère qui s'est immiscé dans les affaires sociales ? C'est la question qu'a eue à résoudre la Cour d'Orléans le 29 décembre 1904 dans l'affaire Veuve Coutelier contre Mothiron et Cie (2).

Mothiron et Cie réclamaient à la Veuve Coutelier le paiement intégral d'une note de fourniture de marchandises achetées par elle au nom de la Business Corporation dont elle était commanditaire. Ils fondaient leur prétention sur le fait que la Veuve Coutelier s'était immiscée dans les affaires de la société dont elle était en fait l'unique gérant. Dans ces conditions sa responsabilité personnelle devait être engagée conformément à l'article 28 du Code de Commerce.

La Cour d'Appel d'Orléans refusa de faire droit à leur demande et admit la compétence de la loi de la société. Les attendus sont particulièrement nets à cet égard puisqu'on trouve dans l'arrêt le passage suivant : « Att. que cette sanction édictée par l'article 28 du Code de Commerce, à l'égard des sociétés en commandite, ne saurait être invoquée contre une société étrangère ; que c'est d'après la législation qu'il convient de déterminer les obligations dont les membres peuvent être tenus ».

Or, d'après la loi de l'Etat de New-York, la responsabilité personnelle du commanditaire ne pouvait être mise en jeu qu'au cas où il aurait omis de déposer le rapport annuel sur la situation de la Business Corporation prévu par la loi américaine de 1899 et encore la sanction ne pouvait-elle jouer que si l'action était intentée dans un délai de trois mois à partir de la date à laquelle le dernier dépôt aurait dû être effectué. Tel était précisément le cas de la société. La Veuve Coutelier avait omis de procéder au dépôt du rapport annuel, mais Mothiron et Cie n'avaient intenté leur action qu'après l'expiration du délai de trois mois qui leur était imparti. Dans ces conditions la Cour d'Appel d'Orléans, faisant une stricte application de la loi américaine décida que la Veuve Coutelier n'était pas personnellement responsable parce qu'elle était fondée à se prévaloir de la déchéance édictée par la loi de New-York.

195. — (2) Revue de Droit International Privé 1905, p. 502.

Cette solution peut paraître critiquable sur le terrain de l'équité, car il est injuste qu'un commanditaire dont la fraude a été constatée par le tribunal lui-même et qui n'a fondé une société en commandite que pour faire le commerce en limitant sa responsabilité puisse échapper à toute responsabilité personnelle. Sur le terrain des conflits de lois, elle se justifie pleinement, car seule la loi de l'Etat de New-York sur le territoire duquel la société avait son siège social était qualifiée pour déterminer les droits et les obligations du commanditaire et la nationalité, française en l'occurence, de ce dernier ne pouvait exercer aucune influence sur la détermination de la compétence législative.

B. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits des porteurs de parts de fondateur*

196. — Les porteurs de parts de fondateurs sont des associés d'un statut particulier. Aussi, pour les mêmes raisons que les associés ils doivent voir leurs droits et leurs obligations soumis à la loi de la société. On peut même dire qu'ils sont encore moins que les associés fondés à récriminer contre la compétence de la loi du siège scoial. Car ils ont pris une part active à la constitution de la société et ne peuvent, de ce fait être censés ignorer les dispositions de la loi qui la régit.

La jurisprudence française n'a pas eu à résoudre en cette matière le problème de compétence législative. En effet l'unique espèce qui lui a été soumise était relative à la compétence juridictionnelle. Il s'agissait de porteurs de parts de fondateur d'une société étrangère dont une clause des statuts avait stipulé que tous les étrangers ou leurs successeurs qui prendraient part dans les affaires de la société ne pourraient se prévaloir de leur qualité d'étranger et auraient seulement les droits que la loi locale conférait à ses nationaux. Le tribunal de Commerce de la Seine a décidé dans son jugement du 17 juin 1907 que dans tous leurs rapports avec la société, les porteurs de parts de fondateur étaient liés par cette disposition et qu'ils ne pouvaient en conséquence invoquer la compétence d'un tribunal français, sur la base de l'article 14 du Code Civil pour connaître des litiges les opposant à la société. On est fondé à croire que notre jurisprudence consacrerait une solution analogue en matière de compétence législative (1).

196. — (1) Clunet 1908, p. 170.

C. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits des obligataires*

197. — Les droits des obligataires dérivant du contrat de souscription sont soumis à la loi d'autonomie. La loi de la société pourra donc être compétente soit parce que les parties l'ont choisie, soit au cas de silence des parties. Du fait qu'ils sont des prêteurs les associés bénéficient déjà de la latitude de choisir la loi applicable. Mais il est permis de se demander si leur protection ne doit pas conduire à aller plus loin et si les tribunaux français ne doivent pas faire appel à l'ordre public, toutes les fois que la loi de la société heurte les conceptions françaises relatives aux droits des obligataires ou à leur organisation.

La chambre civile de la Cour de Cassation n'a pas hésité à admettre l'affirmative dans son arrêt du 22 mars 1944 rendu dans l'affaire Compagnie des Chemins de Fer Portugais et autres contre Anferte et autres (1).

Les faits étaient les suivants : la Compagnie des Chemins de Fer Portugais avait conclu avec ses créanciers et obligataires un « convenio » homologué par le Président du Tribunal de Commerce de Lisbonne, le 11 octobre 1894. Par ce « convenio », la société reconnaissait les obligataires créanciers d'une somme de 500 millions de francs représentant le capital par eux prêté et conférait à leurs titres un caractère privilégié. Le « convenio » prévoyait également que l'inexécution des obligations concordataires serait sanctionnée par la faillite de la société. On se trouvait donc en présence d'un véritable concordat préventif qui fut déclaré exécutoire en France par jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 20 mai 1896.

La société, ne pouvant faire face à ses engagements et estimant trop lourde pour elle la charge d'une dette-obligataire-or réussit à faire prendre par le gouvernement Portugais deux décrets qui s'appliquaient spécialement à elle. Le premier, du 10 novembre 1931, l'autorisait à reviser le « convenio » de 1894, le second, du 31 décembre 1931, limitait les effets de cette révision aux droits des seuls obligataires.

En application de ces décrets, la société proposa aux obligataires un nouveau « convenio » qui fut approuvé par la majorité de ceux-ci et homologué par le président du Tribunal de Commerce de Lisbonne, le 28 mai 1932.

197. — (1) Cass. Civ. 22 mars 1944 (D.C. 1944, J.p. 145 note P.L.-P .; et rapport de M. le Conseiller Lerebours-Pigeonnière.

Ce nouveau concordat réduisait dans une large mesure les droits des obligataires puisqu'il leur faisait subir une triple atteinte. En effet, il supprimait l'obligation incombant à la société de payer en or et prévoyait l'échange des obligations anciennes payables en or contre des obligations nouvelles payables en monnaie courante. D'autre part, il reconnaissait à la Compagnie des Chemins de Fer Portugais le droit d'émettre des obligations nouvelles avec préférence sur les obligations actuelles et privait les obligataires de tout contrôle sur l'entreprise en supprimant la représentation que le « convenio » de 1894 leur avait accordé au sein du conseil d'administration.

Le Tribunal Civil de la Seine saisi d'une demande d'exequatur refusa de rendre ce « convenio » exécutoire en France, parce qu'il était contraire à la fois au droit Portugais et à l'ordre public français.

Dans l'esprit du juge français, le « convenio » de 1932 était contraire au droit Portugais, car le décret de 1931 n'avait pas abrogé celui de 1893 et qu'en conséquence, en dehors de l'hypothèse de faillite de la société, le premier « convenio » ne pouvait être revisé si ce n'est à l'unanimité des obligataires.

Le « convenio » de 1932 heurtait également l'ordre public français, car les obligataires possédaient un droit acquis à l'exécution du premier « convenio » et la majorité des obligataires ne pouvait imposer à la minorité dissidente la renonciation à ce droit acquis.

Ainsi déboutée en première instance, la Compagnie des Chemins de fer Portugais fit appel en invoquant l'existence de deux faits nouveaux.

Le décret Portugais du 10 novembre 1933 interprétant les décrets de 1893 et 1931, déclarait valable la révision du concordat et affirmait que l'état de cessation des paiements de la société n'était pas nécessaire pour justifier la compétence de la majorité.

D'autre part, la promulgation du décret-loi du 30 octobre 1935 sur la protection des obligataires rendait l'exception d'ordre public inopérante, car « l'ordre public français n'interdit plus à une majorité d'obligataires de consentir l'échange de leurs titres contre des titres nouveaux et d'imposer cet échange à la minorité des dissidents puisqu'il est désormais permis en France aux porteurs de titres faisant partie d'une même émission effectuée à l'étranger de se grouper en une masse qui jouit de la personnalité morale » (2).

La Cour d'Appel s'inclinant devant l'interprétation donnée par le législateur Portugais de ses propres décrets, admit l'exactitude

197. — (2) Cf. le rapport de M. Lerebours-Pigeonnière (D.C. 1944, J.P. 145).

de l'application du droit Portugais. Mais elle refusa l'exequatur au « convenio » de 1932, car elle estima qu'en dépit de la réforme apportée par le décret-loi du 30 octobre 1935, il était contraire à l'ordre public français. En effet, si les dispositions de ce décret-loi peuvent autoriser la majorité des obligataires à renoncer à des droits acquis et à imposer cette renonciation à la minorité dissidente, une telle opération n'est valable que dans la mesure où l'assemblée des obligataires qui y procède présente certaines garanties indispensables. C'est ainsi que peuvent seuls être groupés en une masse unique délibérant à la majorité, les porteurs de titres d'un même emprunt et du même type ayant des intérêts identiques. Or, tel n'était pas le cas en l'occurence. On se trouvait en présence d'une masse inorganisée d'obligataires dont les intérêts divergeaient puisque le « convenio » de 1932 avait pour effet de leur faire subir une amputation inégale de leurs créances. Dans ces conditions les garanties exigées par le décret-loi du 30 octobre 1935 n'étant pas remplies, l'ordre public français s'opposait à ce que la convention stipulant une réduction aussi arbitraire des droits des obligataires puisse être revêtue de l'exequatur en France.

La Cour de Cassation, sur pourvoi de la Compagnie des Chemins de fer Portugais confirma dans son arrêt du 22 mars 1944 l'arrêt de la Cour d'Appel. Ayant constaté que la société n'étant pas en faillite, le « convenio » de 1893 ne pouvait être revisé que par l'unanimité des obligataires, elle affirma que toute revision intervenue à la majorité était contraire à l'ordre public français, car les garanties exigées par le décret-loi du 30 octobre 1935 n'existaient pas en l'espèce.

Cette décision a trait essentiellement à l'effet exécutoire en France d'un convenio passé à l'étranger, mais le refus d'exequatur repose essentiellement sur le fait que la réduction des droits des obligataires imposée par la majorité à la minorité dissidente est contraire à l'ordre public français. Par là-même elle éclaire d'un jour nouveau le problème de compétence législaitve concernant les droits des obligataires, car elle montre que la compétence exclusive de la loi de la société peut, en ce domaine être tenue en échec par l'intervention de l'ordre public.

En effet on aurait parfaitement pu concevoir que les tribunaux français, se bornant à une stricte application de la loi de la société admissent la validité du « convenio » consacrant la réduction des droits des obligataires.

En effet, il est incontestable que la réduction des droits des obligataires contenue dans le « convenio » de 1932 était parfaitement régulière d'après la loi portugaise et ceci d'autant plus que le décret du 22 novembre 1933 était venu interpréter les décrets de 1893 et

de 1931 et avait affirmé la validité d'une telle opération. Sans doute ce décret paraissait pris pour les besoins de la cause, mais il émanait de l'autorité légitime portugaise et l'on ne pouvait nier qu'elle possédait le pouvoir d'interpréter souverainement ses propres décrets. D'ailleurs, ni la Cour d'Appel, ni la Cour de Cassation n'ont contesté la régularité de la réduction des droits des obligataires d'après la législation portugaise. Elles se sont inclinées devant l'interprétation donnée par le législateur portugais.

C'est donc seulement à raison du défaut de communauté juridique existant entre les législations française et portugaise et du danger résultant pour les obligataires de la réduction de leurs droits dans les conditions fixées par le droit portugais que les tribunaux français ont refusé de conférer l'exequatur au « convenio » de 1932. Pour formuler ce refus, ils ont en pratique, par le jeu de l'exception d'ordre public, apprécié les droits et l'organisation des obligataires en fonction de la loi française, *lex fori*.

On peut donc tirer de ces arrêts les conclusions suivantes au point de vue de la loi applicable aux droits des obligataires. C'est en principe à la loi de la société qu'il appartient de régir ces droits. Mais toute réduction consentie à la majorité et impliquant renonciation d'un droit acquis par les obligataires doit être dépourvue d'effets en France, car elle est contraire à l'ordre public français. Il n'en serait autrement que si la réduction imposée par la majorité à la minorité dissidente avait été votée par les obligataires d'une même masse. Or une masse d'obligataires ne peut comprendre que les porteurs de titres d'un même type, émanant d'un même emprunt et ayant des intérêts identiques, car c'est seulement lorsque ces garanties existent que les obligataires peuvent sans danger abandonner à la masse la défense de leurs droits individuels (3). Le

197. — (3) Il convient de signaler la position différente prise par la Chambre des Requêtes dans l'affaire Flamant et autres contre Cie des Chemins de Fer Portugais dans son arrêt du 18 Mars 1942 (Revue des Sociétés, Mars 1943 p. 56). La Chambre des requêtes a en effet admis la régularité de l'assemblée générale de la masse des obligataires de la Cie des Chemins de Fer Portugais composée tant de porteurs de titres originaires que des porteurs de titres nouveaux ayant accepté l'échange de leurs titres originaires en vertu d'une transaction homologuée à l'étranger. La cour suprême a considéré en effet que les tribunaux français ayant refusé l'*exequatur* au « convenio » l'échange des titres anciens contre des titres nouveaux devait être considéré comme nul à l'égard des obligataires l'ayant accepté. En conséquence, ces derniers devaient être réputés toujours titulaires de titres anciens et réunis en une même masse avec les porteurs ayant refusé l'échange, les titres des uns et des autres faisant partie d'une même émission au regard du décret-loi du 30 octobre 1935.

Cette solution a été justement critiquée (V. note anonyme à la Revue des Sociétés, Mars 1943, p. 56). En effet l'absence d'*exequatur* conféré au *convenio* de Lisbonne a seulement pour effet de le rendre inopposable en France aux obligataires constituant la minorité dissidente. Il demeure au contraire oppo-

décret-loi de 1935 ne limite donc l'intervention de l'ordre public que dans la mesure où l'organisation des obligataires telle qu'elle est conçue par la loi de la société présente des analogies suffisantes avec l'organisation française. Dans le cas contraire l'organisation des obligataires, comme leurs droits doit s'apprécier en fonction de la loi française exceptionnellement compétente à titre de *lex fori* en vertu de l'exception d'ordre public.

Le jeu de l'exception d'ordre public, largement admis par la jurisprudence a donc comme conséquence de protéger efficacement les droits des obligataires français de sociétés étrangères, et de leur conférer sur le terrain des conflits de lois une situation préférentielle par rapport à celle des actionnaires qui sont presque toujours soumis à la loi de la société.

Cette différence de traitement peut paraître contraire à l'équité. En effet les actionnaires, comme les obligataires sont des souscripteurs français et il est illogique d'assurer aux obligataires une protection plus efficace. Cependant, comme nous l'avons déjà montré, elle se justifie par la différence de nature du titre souscrit. Les obligataires demeurent dans une certaine mesure étrangers à la société et revêtent le caractère de créanciers. Ils ont droit, outre le remboursement du capital, au versement d'intérêts dont le taux est souvent fixe. Au cours de la vie de la société ils bénéficient donc de la prospérité de cette dernière à un degré moindre que les actionnaires qui touchent sous forme de dividendes une part des bénéfices. D'autre part, ils n'interviennent dans la vie de la société qu'au cas d'incidents graves. Dans ces conditions ils doivent ressentir moins que les actionnaires les aléas des affaires sociales et le jeu de l'ordre public se justifie lorsque la loi de la société permet de diminuer leurs droits fondamentaux.

Dans un domaine différent c'est également le défaut de communauté juridique entre les législations française et étrangère qui permettra de modifier la solution normale des conflits de lois relatifs à la nomination et aux pouvoirs des organes sociaux.

sable à titre de convention privée aux obligataires qui l'ont accepté, car « ces conventions privées ont constitué des novations par changement d'objet ; les obligations primitives ont été éteintes et remplacées par d'autres créées à cette intention (art. 1171, al. 1er CC.) ». Dans ces conditions les obligataires échangistes qui détiennent en fait des titres nouveaux ne peuvent faire partie de la même masse que les obligataires ayant refusé l'échange. L'assemblée générale de la masse des obligataires doit être considérée comme irrégulière, car elle est contraire aux prescriptions du décret-loi du 30 Octobre 1935.

CHAPITRE II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA NOMINATION ET AUX POUVOIRS DES ORGANES SOCIAUX

198. — Il est maintenant admis que les règles relatives à la nomination et aux pouvoirs des organes sociaux sont soumises à la loi qui régit le statut juridique de la société.

Ce principe n'a guère été discuté en ce qui concerne la nomination des organes sociaux. Les conditions de nomination touchent en effet à l'organisation interne de la société et l'on voit mal quel titre pourrait invoquer la loi étrangère pour prétendre modifier ces conditions.

L'étude de la loi applicable à la nomination des organes sociaux à laquelle une première section sera consacrée, révèlera donc que la territorialité du droit ne saurait faire obstacle en ce domaine à la compétence de la loi du siège social.

La détermination de la loi applicable aux pouvoirs des organes sociaux est plus délicate, car le principe de la compétence de la loi de la société peut en cette matière heurter les intérêts des tiers qui contractent avec la société dans les pays sur le treritoire desquels elle effectue des opérations. L'étendue des pouvoirs des représentants de la société est, en effet, du plus haut intérêt pour les tiers, car le plus souvent c'est uniquement losrque le gérant ou l'administrateur aura agi dans les limites de ses pouvoirs que la société se trouvera engagée.

La considération de l'intérêt des tiers exige que l'on se livre à une étude attentive du problème afin de rechercher une solution qui concilie le particularisme des différentes législations nationales, tout en assurant aux tiers contractant avec la société une protection suffisamment efficace. Ce sera l'objet d'une seconde section.

Section I

LA LOI APPLICABLE A LA NOMINATION DES ORGANES SOCIAUX

199. — C'est à la loi du siège social qu'il appartient de fixer les conditions de nomination des organes sociaux et notamment d'édicter les incapacités et les incompatibilités qui peuvent faire obstacle à la nomination d'une personne aux fonctions d'administrateur.

Cette solution n'a jamais été contestée pour les règles édictées par la loi du 24 juillet 1867 quoique l'on affirme traditionnellement que ses dispositions sont d'ordre public.

Par contre, on pourrait être tenté de se demander si les règles posées par les lois des 18 septembre et 16 novembre 1940 relativement à la direction des sociétés anonymes ne sont pas, à raison du but qu'elles poursuivent des lois de police du commerce susceptibles en tant que telles de recevoir une application territoriale. Ces dispositions qui créent l'institution du Président-Directeur général, apportent en effet des limitations au nombre des mandats que peuvent exercer le président et les administrateurs (1), limitations qui ont pour but comme le fait remarquer très justement M. Niboyet « l'assainissement du régime des sociétés anonymes non seulement dans l'intérêt des actionnaires, mais aussi de la vie économique du pays qui est grandement intéressé au bon fonctionnement des entreprises » (2).

Dans ces conditions, ces mesures étant susceptibles d'influer sur l'économie générale du pays il pourrait paraître souhaitable d'en étendre l'application aux sociétés étrangères faisant appel à l'épargne française ou effectuant des opérations en France. On arriverait ainsi à donner en même temps le maximum de garanties quant à la gestion de l'entreprise dans le premier cas aux souscripteurs français et dans le second aux tiers français contractant avec la société.

Toutefois une semblable solution est insoutenable de *lege lata* et son adoption n'est pas souhaitable de *lege ferenda*.

De lege lata un tel système est parfaitement insoutenable, car il serait manifestement contraire à la volonté des auteurs de la loi de 1940. En effet, seuls comptent dans le calcul du maximum

199. — (1) Il est désormais impossible de cumuler plus de deux mandats de président et de huit mandats d'administrateurs de sociétés ayant leur siège social en France.

199. — (2) Niboyet, *Traité*, t. IV, n° 1125, p. 103.

édicté par la loi les mandats d'administrateurs de société ayant leur siège social en France. Dans ces conditions les fonctions d'administrateurs de sociétés étrangères ne sont pas visées par ces dispositions. Si, en plus de son mandat d'administrateur d'une société étrangère une même personne fait partie de plus de huit conseils d'administration en France elle pourra être déchue de ses mandats en surnombre, mais cette déchéance qui ne vise que les fonctions exercées dans les sociétés françaises ne pourra affecter la société étrangère et ne saurait justifier le refus d'effectuer des opérations en France qui lui serait opposé. La loi étrangère de la société demeure donc seule compétente pour déterminer les conditions de nomination des administrateurs.

De lege ferenda, la loi française apparaît difficilement applicable aux sociétés étrangères pour des raisons techniques. En effet les exigences qu'elle pose risqueraient de ne pouvoir se concilier avec celles de la loi du siège social. La société étrangère pourrait en conséquence se voir contrainte de modifier profondément son organisation et sa structure. Or, il serait de mauvaise politique économique d'obliger les sociétés étrangères venant faire des opérations en France à une adaptation de leur statut juridique. Une telle exigence risquerait d'avoir comme conséquence de les faire délaisser la France alors que notre économie a besoin de leur concours, tout ceci sans préjudice des mesures de rétorsion qui pourraient s'ensuivre pour les sociétés françaises à l'étranger (3).

Pour ces différentes raisons la compétence de la loi de la société s'impose de façon indiscutable. C'est à elle seule qu'il appartient en principe de déterminer les différents organes sociaux et de fixer leurs conditions de nomination.

Cependant ce principe est susceptible de recevoir une exception. En effet, certains textes, à raison de leur caractère particulier semblent devoir s'appliquer aux sociétés étrangères dans la mesure où elles possèdent des établissements en France. C'est le cas de l'ordonnance du 22 février 1945, modifiée par la loi du 16 mai 1946 qui a institué les comités d'entreprise. Ces textes qui ressortissent au droit du travail possèdent de ce fait le caractère de lois de police et de sûreté et ont un domaine d'application strictement territorial (4).

Elles doivent donc s'appliquer à toutes les entreprises fonctionnant en France, même si elles s'intègrent dans une société ayant son siège social à l'étranger.

199. — (3) Cf .sur ce point NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1125, p. 103.

199. — (4) Cf. en faveur de la territorialité des lois régissant le travail : Cass. 21 mai 1908 (Revue de Droit International privé 1908, p. 664) ; Paris 21 novembre 1895 (Clunet 1896, p. 371); KRONHEIM, *Les conflits de lois en matière de contrat de travail*, thèse, Paris 1938.

Mais le caractère de lois de police et de sûreté des textes instituant les comités d'entreprise rend leur application difficile aux sociétés étrangères, car il a pour conséquence de restreindre leur domaine aux limites du territoire français. Or, certaines des dispoositions de l'ordonnance du 22 février 1945 et de la loi du 16 mai 1946 ne peuvent s'exécuter qu'au lieu du siège social. Elles instituent notamment un comité central d'entreprise qui doit fonctionner au siège de la société, ce qui est impossible puisque ce siège est situé à l'étranger.

Dans ces conditions, il faut, comme l'a très bien montré M. Rouast (5) « faire une coupure dans les textes de l'ordonnance et dans la loi qui l'a modifiée entre les dispositions qui sont exécutables et celles qui ne le sont pas . C'est ainsi que dans la mesure où elles ont en France des établissements les sociétés étrangères devront instituer des comités d'établissement. Elles ne seront pas tenues au contraire de créer un comité central d'entreprise puisque leur siège est à l'étranger.

Cette solution préconisée par M. Rouast est incontestablement la seule compatible avec le caractère de loi de police et de sûreté de l'ordonnance du 22 février 1945 et elle découle logiquement du principe de territorialité. Mais il est permis de se demander si la réforme ainsi tronquée conduira en pratique à des résultats satisfaisants. En effet l'institution des comités d'entreprise constitue un tout dont on ne peut sans danger dissocier les éléments. Dans l'esprit du législateur les comités d'établissement et le comité central d'entreprise doivent se compléter. Quelle pourra être l'action des comités d'établissement en l'absence d'un comité central ? Elle sera forcément restreinte, car on ne pourra pallier à l'absence d'un comité central en étendant les pouvoirs des comités d'établissement et en leur donnant les pouvoirs d'investigation et de cogestion qui dépassent les prérogatives des simples chefs d'établissement et ne se conçoivent que pour des organismes situés à l'échelon supérieur. Cependant, même ramenée à sa juste portée qui est nécessairement limitée, le rôle des comités d'établissement dans les sociétés étrangères ne sera pas illusoire, car ils pourront être utiles dans la gestion et le contrôle des œuvres sociales dans le cadre de l'établissement. On voit néanmoins que dans une large mesure la rigidité du principe de territorialité limite la portée de la réforme.

199. — (5) ROUAST, *La loi sur les comités d'entreprise et les sociétés étrangères* (Droit Social, février 1947, p. 67).

Section II

LA LOI APPLICABLE AUX POUVOIRS DES ORGANES SOCIAUX

200. — L'intérêt de la détermination de la loi applicable aux pouvoirs des organes sociaux provient de l'opposition existant entre les solutions consacrées en ce domaine par le droit français et celles auxquelles se sont ralliées certaines législations étrangères.

En droit français les gérants et les administrateurs continuent à être considérés dans une large mesure comme des mandataires de la société et leurs pouvoirs sont appréciés en fonction des règles admises en matière de mandat (1). En conséquence, le gérant ou l'administrateur mandataire n'engage la société mandant que dans la mesure où il agit dans les limites de son mandat. Cependant cette conception susceptible d'entraîner des conséquences désastreuses pour les tiers a dû pour cette raison être révisée. En effet, les tiers contractant avec la société peuvent ignorer les restrictions statutaires apportées aux pouvoirs des gérants ou des administrateurs. C'est pourquoi dans de nombreux cas, la jurisprudence a été amenée à déclarer que ces restrictions contractuelles apportées aux pouvoirs des gérants ne seraient opposables aux tiers que dans la mesure où elles auraient été publiées, dans le cas contraire la société demeure engagée (2).

Cette tendance jurisprudentielle est d'un grand intérêt en Droit International, à raison du défaut de publicité relative aux sociétés étrangères. Elle a certes pour effet de rapprocher le système français des conceptions étrangères, mais elle ne les suit pas dans leurs conséquences extrêmes.

200. — (1) Il faut cependant noter qu'à l'heure actuelle de nombreux auteurs délaissant la théorie du mandat et de la représentation pour celle de l'organe. (Cf. notamment[e]: Michoud, *Théorie de la Personnalité morale*, t. I, n° 63). Cette théorie est inexacte dans la mesure où elle affirme que l' « organe social », s'intégrant dans la société en exprime *nécessairement* la volonté. S'il est exact de dire que les dirigeants sociaux *doivent* en principe exprimer la volonté de la société, cette coïncidence n'est pas nécessaire, car les organes possèdent une volonté propre distincte de celle de l'être moral. L'absence de concordance entre ce que la société voulait leur faire faire et ce qu'ils ont accompli en réalité apparaît précisément dans l'hypothèse envisagée.

200. — (2) L'intérêt de la détermination de la compétence législative apparaît donc essentiellement lorsque le gérant ou l'administrateur a dépassé les limites de son mandat. En effet, lorsqu'il a agi en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par la société, quelle que soit la loi applicable la société se trouvera engagée. L'intérêt de la solution du conflit de lois qui n'est d'ailleurs pas douteuse résidera dans les modalités de la responsabilité. Mais ce n'est plus alors une question de pouvoirs et son étude doit rentrer dans le cadre de celle relative à la responsabilité des organes sociaux.

Aussi peut-on affirmer qu'abstraction faite des sociétés à responsabilité limitée pour lequelles le législateur a fait un large emprunt au droit allemand, le droit français demeure en ce domaine fort éloigné de la théorie de la « Prokura » consacrée par la législation germanique.

Le droit allemand admet en effet sous le nom de « Prokura » le droit absolu et immuable de représentation du mandataire commercial inscrit au Registre du Commerce. Le représentant social est considéré comme possédant à l'égard des tiers des pouvoirs illimités, même si des restrictions sont inscrites sur le Registre du Commerce, car toute clause restrictive, même publiée est considérée comme nulle aux yeux des tiers et la société demeure engagée (3).

La théorie de la « Prokura » repose sur la distinction de la « Geschaftsführung » (relations du gérant ou de l'administrateur avec les associés et de la «Vertretung » (relations du gérant ou de l'administrateur avec les tiers). Les clauses limitatives des pouvoirs du gérant jouent seulement dans le cadre de la « Geschaftsfuhrung », mais elles n'affectent pas la « Vertretung ». Comme le fait remarquer M. Chéron : « les contrats que le gérant aura passés au mépris des instructions reçues n'en seront pas moins obligatoires pour la société, qui devra les exécuter sauf à se retourner contre le gérant désobéissant pour lui réclamer des dommages-intérêts » (4).

Cette opposition se manifeste, que l'on envisage les sociétés de personnes ou les sociétés anonymes. Au contraire dans les sociétés à responsabilité limitée, l'adoption de la théorie de la « Prokura » en rapprochant les dispositions du droit français de celles du droit germanique supprime dans une large mesure l'intérêt de la détermination de la compétence législative dans les conflits opposant la loi française et la loi allemande. Elle accroit au contraire son intérêt pour les sociétés à responsabilité limitée étrangères dont la loi organique admet la validité à l'égard des tiers des restrictions contractuelles apportées aux pouvoirs de leurs gérants.

Ces diverses questions doivent donc être étudiées séparément, car le problème de conflit de lois se pose sous un jour différent à

200. — (3) La théorie de la « Prokura » possède en droit allemand un domaine d'application très étendu. Elle n'est pas restreinte aux seules sociétés à responsabilité limitée, mais s'applique à toutes les sociétés. Elle déborde même le cadre du droit des sociétés et joue pour tous les commerçants personnes physiques quoique avec certaines atténuations. En effet, l'article 49 du Code de Commerce allemand exclut des pouvoirs du procuriste le droit d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles alors qu'aucune restriction analogue n'existe pour les administrateurs et gérants de sociétés.

200. — (4) Cf. Albert CHÉRON, *La société à responsabilité limitée* (Annales de Droit Commercial 1925, p. 304-305) et note sous Tribunal Civil de Mulhouse 27 mars 1928 (D. 1929.2.153) cf. également sur l'appréciation de ce système Bourcart (Journal des sociétés 1921, p. 396) ; Pic et Baratin, Des sociétés à responsabilité limitée n° 293.

raison de la divergenge des solutions données par le droit français selon la catégorie de société envisagée.

A. — *La loi applicable aux pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*

201. — C'est l'absence de publicité qui a le plus souvent pour conséquence de rendre délicate la solution des conflits de lois relatifs aux pouvoirs des gérants d'une société de personnes lorsque le gérant d'une société en nom étrangère a dépassé en effectuant une opération en France les limites de son mandat.

En droit interne la jurisprudence, guidée par le souci de protéger les tiers de bonne foi admet que si le gérant a contracté sous la raison sociale et si la clause restreignant l'étendue de ses pouvoirs n'a pas été publiée, la société est engagée malgré le dépassement du mandat.

Or, en Droit International Privé, le problème peut se poser fréquemment, car, par suite du défaut de publicité une telle clause risque de demeurer inconnue du tiers contractant.

Doit-on dans ce cas admettre, conformément au système français que la société est engagée, même si la loi du siège social consacrant une solution différente décide que seuls les actes du gérant qui ont été accomplis dans les limites de son mandat peuvent engager la société ?

La jurisprudence française n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Toutefois, dans une hypothèse un peu différente, mais présentant certaines analogies avec celle envisagée, du fait que l'on se trouvait en présence de pouvoirs qui n'avaient pas été conférés dans les statuts, la Cour de Paris s'est prononcée en faveur de l'application de la loi française nonobstant l'allégeance étrangère de la société. Elle a jugé en effet dans l'affaire « Société Sternberg et Cie contre Société Metzger et Cie » que celui qui a agi en tant que représentant autorisé d'une société étrangère la représente en justice vis-à-vis des tiers de bonne foi, alors même qu'il ne possédait pas, en vertu des statuts sociaux, le pouvoir de la représenter. Le jeu de la représentation avait pour effet d'engager la société (1).

La généralisation d'une semblable solution serait évidemment très protectrice des intérêts français, mais elle présenterait l'inconvénient majeur de se heurter à des difficultés d'application considérables, car il sera très difficile au jugement français statuant

201. — (1) Cour de Paris 18 mai 1909 (Clunet 1910, p. 198).

en ce sens d'obtenir l'exequatur à l'étranger, puisque la loi de la société n'admet pas que la société puisse être engagée dans cette hypothèse.

Il peut se faire d'autre part que le gérant ait agi dans son intérêt personnel, bien que contractant sous la raison sociale. Dans ce cas en droit interne, notre jurisprudence admet que la société est engagée, mais lui reconnaît le droit de se retourner contre le gérant pour mettre en jeu sa responsabilité à raison du préjudice qu'elle a subi. Là encore l'application de cette solution aux sociétés étrangères faisant des opérations en France est difficilement admissible, car ce système n'est équitable que si la société a effectivement la possibilité de se retourner contre le gérant en exerçant une action en responsabilité dirigée contre lui. Or, les relations de la société étrangère et de son gérant sont des relations qui touchent à l'administration interne de la société (2). Si la loi étrangère refuse à cette dernière le droit d'exercer un recours contre le gérant, et elle n'a aucune raison de le lui reconnaître si elle n'admet pas que l'acte accompli par le gérant dans son intérêt personnel engage la société, la reconnaissance de la validité de l'acte par la jurisprudence française risquerait de causer à la société étrangère un préjudice certain, dans la mesure, bien entendu, où le jugement français pourra obtenir l'exequatur dans le pays de la société.

Dans ces diverses hypothèses il apparaît impossible de donner au conflit de lois une solution qui concilie les intérêts en présence. L'application de la loi étrangère aboutit à un résultat inverse dans la mesure où elle édicte à la charge des organes sociaux une responsabilité moins lourde.

Par contre, l'application de la loi de la société aux pouvoirs des gérants protège au maximum les intérêts des tiers français, lorsqu'une société allemande vient effectuer des opérations en France. En effet, en vertu de la théorie de la «Prokura », la société en nom se trouve engagée, même si le gérant a agi en dehors des limites de ses pouvoirs. Dans ces conditions, on ne saurait, sous prétexte que le droit français admet l'opposabilité aux tiers des clauses restrictives des pouvoirs du gérant lorsqu'elles sont publiées écarter l'application de la loi de la société. L'ordre public ne saurait intervenir ici puisque la loi du siège social est en fait plus protectrice des intérêts des tiers français que la loi française, le défaut de communauté juridique ne pouvant entraîner le retour à la compétence de la *Lex Fori* que dans la mesure où il engendre des conséquences choquantes et préjudiciables aux intérêts nationaux.

201. — (2) Sur la distinction de l'administration interne et de l'administration externe des sociétés cf. PILLET, *Des Personnes morales en Droit International Privé.*

B. — *La loi applicable aux pouvoirs des administrateurs de sociétés anonymes*

202. — De même c'est en fonction de la loi de la société que doivent s'apprécier les pouvoirs des administrateurs de sociétés anonymes. Que l'on envisage la question sous l'angle contractuel ou sous l'angle institutionnel les principes juridiques concordent pour affirmer la compétence de la loi du siège social.

D'ailleurs cette solution n'a jamais été contestée en jurisprudence. Son évidence apparaît avec une netteté telle que nos tribunaux n'ont eu que rarement à se prononcer sur ce point. C'est surtout à propos de l'exercice de l'action en justice en France par les sociétés de commerce étrangère qu'ils ont eu l'occasion de poser le principe de la compétence de la loi de la société.

C'est ainsi que le Tribunal de Boulogne-sur-Mer, dans son jugement du 4 août 1896 a décidé que le droit d'exercer l'action en justice intentée par une société anglaise était réservé aux administrateurs ou à un comité composé de plusieurs d'entre eux à qui ils ont délégué leurs pouvoirs, car ce droit entre dans les pouvoirs reconnus aux administrateurs par la loi anglaise (1).

C. — *La loi applicable aux pouvoirs des gérants de sociétés à responsabilité limitée*

203. — La détermination de la loi applicable aux pouvoirs des gérants des sociétés à responsabilité limitée pose des problèmes un peu différents par suite de la position prise par le droit français qui se rallie en cette matière à la théorie allemande de la « Prokura ». En effet, l'article 24 de la loi dt 7 mars 1925 dispose : « Sauf stipulation contraire des statuts, ils (les gérants) ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances ; toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers ». Le droit français, abandonnant sur ce point la théorie du mandat, se montre donc très protecteur des intérêts des tiers. On peut dès lors se demander si l'intérêt de ces derniers ne commande pas de revenir à la compétence de la loi française dans l'hypothèse où la loi étrangère de la société admet qu'elle n'est pas engagée par les actes des gérants accomplis en dehors des limites de leurs pouvoirs. Une telle solution serait à notre avis abusive, car il n'y a pas vraiment défaut de communauté juridique entre les deux législations. En effet, les conséquences de la théorie du man-

202. — (1) Journal des sociétés 1897, p. 475 ; v. dans le même sens Douai 23 avril 1897 (Journal des sociétés 1898, p. 161).

dat sont loin d'être inconnues du droit français. Elles sont même la règle, et c'est seulement en matière de sociétés à responsabilité limitée que notre législation s'en est écartée pour se rapprocher de la conception allemande. On ne peut donc prétendre que l'intervention de l'ordre public soit ici justifié et l'on doit admettre la compétence normale de la loi de la société.

Sans doute, une telle solution risque d'être préjudiciable aux intérêts des tiers français contractant avec la société. Aussi, devront-ils prendre leurs précautions et s'efforcer de prendre connaissance avant de contracter des statuts de la société étrangère, ce qui pourra parfois être difficile pour eux, car ici encore le défaut de publicité se fait cruellement sentir.

D'une façon générale l'étude des conflits de lois relatifs à la nomination et aux pouvoirs des organes sociaux conduit à admettre la compétence exclusive de la loi de la société. C'est seulement sur certains points particuliers que le défaut de communauté juridique peut amener un retour à la compétence exceptionnelle de la *Lex Fori*. Au contraire dans les conflits de lois relatifs à la responsabilité des administrateurs, c'est le principe même de la compétence de la loi de la société qui est sujet à controverse.

CHAPITRE III

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES SOCIAUX

204. — La responsabilité des différents organes peut être mise en œuvre pour des raisons fort diverses soit par la société elle-même, soit par des associés, soit enfin par des créanciers de la société.

L'action en responsabilité peut être dirigée contre les fondateurs et les premiers administrateurs pour vice de constitution de la société (1). Elle peut l'être également contre les gérants ou les administrateurs à raison des fautes de gestion qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions ou de l'inobservation des statuts ou de la loi. Les commissaires aux comptes sont de leur côté soumis à une responsabilité très voisine de celle des administrateurs. Dans toutes ces hypothèses le droit français édicte à la charge des organes sociaux une double responsabilité civile et pénale.

Lorsqu'une société étrangère effectue des opérations en France la question se pose de savoir quelle sera la loi applicable à la responsabilité des organes. Le conflit nait alors entre deux lois : la loi de la société et la loi française qui est celle du lieu où a été accompli l'acte incriminé et en même temps la loi du juge saisi. En effet, en cette matière la compétence de la loi de la société se heurte, en matière pénale au caractère de loi de police et de sûreté des lois pénales françaises et en matière civile aux principes généraux de compétence admis en matière de responsabilité civile.

Dans la recherche de la solution du conflit des lois, on doit donc s'inspirer de l'importance respective des principes que nous venons de rappeler afin de déterminer la part de chacun d'entre eux. On doit tenir compte également de l'opposition des intérêts en présence : celui de la société qui postule généralement la compétence de la loi régissant son statut juridique, celui des associés ou des

204. — (1) Bien que la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs à raison des vices de constitution de la société ne constitue pas une sanction du fonctionnement de cette dernière, nous l'avons réuni à la responsabilité résultant des fautes de gestion, afin d'aboutir à une construction d'ensemble de la responsabilité des organes sociaux qu'elle qu'en soit la source.

créanciers français qui commande généralement l'adoption de la loi française à raison des facilités plus grandes qu'elle leur offre pour mettre en jeu la responsabilité des organes sociaux.

C'est donc en s'inspirant de ces deux principes : principe juridique d'une part, principe d'équité de l'autre, ce dernier commandant de concilier dans toute la mesure du possible les intérêts en présence que l'on doit rechercher la solution des conflits de lois relatifs, tant à la responsabilité pénale qu'à la responsabilité civile des organes sociaux.

Section I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA RESPONSABILITE PÉNALE DES ORGANES SOCIAUX

205. — La reponsabilité pénale des administrateurs ne soulève guère de difficultés au point de vue du conflit des lois. En effet la compétence de la loi étrangère de la société se heurte en cette matière à un écueil insurmontable résultant du caractère de lois de police et de sûreté des lois pénales françaises qui leur donne compétence pour connaître de tous les faits délictueux qui se sont passés sur le territoire français.

Toutefois le caractère territorial des lois répressives est impuissant à assurer à lui seul l'application de la loi française aux organes sociaux étrangers. Il faut encore que le fait incriminé contitue un délit alors même qu'il émane d'un individu ou d'une collectivté étrangère. Certaines infractions supposent en effet la nationalité française de leur auteur. Il en est ainsi par exemple du crime d'intelligence avec l'ennemi qui ne peut évidemment être relevé à la charge d'un étranger. Il n'en est pas de même des infractions à la législation des sociétés qui sont de nature à porter un préjudice tout ausi considérable au crédit français qu'elles émanent d'individus ou de sociétés françaises ou étrangères (1). Les auteurs et la jurisprudence l'admettaient pour l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867. La même solution doit être étendue aux multiples infractions sanctionnées par les lois récentes.

205. — (1) V. en ce sens PILLET, *op. cit.* n° 176, p. 261 et s. LAGARDE, *op. cit.* n° 264, p. 348 et s.

205. — (2) C'est la chambre criminelle de la Cour de Cassation qui, dans son arrêt du 8 août 1873 a posé le principe de l'extension de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 aux sociétés étrangères, à l'occasion de publications mensongères destinées à faire souscrire des actions. Par cet arrêt la Chambre Criminelle a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 3 juin 1872 (Clunet 1874, p. 128) décidant que, l'application de l'extraterritorialité du statut per-

La loi française est donc applicable à la responsabilité pénale des organes sociaux pour tous les faits délictueux accomplis en France. Mais on peut se demander si sa compétence s'arrête là ou si, au contraire certains faits accomplis en territoire étranger ne sont pas également susceptibles d'être régis par elle.

Il est une hypothèse dans laquelle la compétence de la loi française est certaine. C'est celle où l'infraction résulte d'une fraude à la loi française dans la fixation du siège social. Le cas s'est présenté en pratique devant le tribunal de la Seine dans l'affaire Van Hoorick (3). Il s'agissait d'une société qui possédait le centre de ses intérêts en France et qui avait établi son siège social à l'étranger dans le but d'échapper aux prescriptions de la loi française relatives au taux des actions. Le Tribunal correctionnel de la Seine a considéré qu'une semblable société était en réalité de statut juridique français et qu'en émettant des actions d'un taux inférieur au taux minimum autorisé, elle avait violé les règles de la loi française. En conséquence les administrateurs pouvaient se voir appliquer les sanctions pénales édictées par cette dernière en raison de la violation dont ils s'étaient rendus coupables.

Une solution analogue a été consacrée par le Tribuunal correctionnel de la Seine relativement à la responsabilité pénale des fondateurs d'une société qui avaient établi à Londres un siège social frauduleux à seule fin d'émettre des actions non libérées du quart. (4).

Cette solution ne constitue pas d'ailleurs une véritable exception au principe suivant lequel seuls les actes accomplis en France par les administrateurs d'une société étrangère sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi française, car le tribunal ayant dans les deux espèces sus-indiquées, considéré la société comme une société française, c'est à ce titre qu'il lui a appliqué l'article 15 de la loi de 1867. De même c'est en constatant la fictivité du siège social situé à l'étranger et en considérant pour cette raison la Société comme française que le tribunal correctionnel de la Seine a été conduit à admettre la compétence de la loi française, dans son jugement du 25 octobre 1943, rendu dans l'affaire Bernard et Rosinthal. Il s'agissait en l'espèce de deux français condamnés, l'un pour

sonnel devant jouer même en matière de responsabilité pénale, les fondateurs et les administrateurs d'une société étrangère ne pouvaient tomber sous le coup des dispositions de l'article 15 de la loi de 1867. Cette solution a d'ailleurs été reprise en dépit du principe contraire posé par la Cour Suprême, par le Tribunal Correctionnel de la Seine dans son jugement du 20 novembre 1888 (Clunet 1888,, p. 818) jugement relatif à la responsabilité des administrateurs au cas d'émission d'actions en France.

205. — (3) Trib. Correctionnel Seine 17 novembre 1875 (Clunet 1877 p. 45).

205. — (4) Tribunal Correctionnel Seine 2 juillet 1912 (D. 1913.2.165).

émission de chèques sans provision et l'autre pour infraction à la loi sur les sociétés (art. 156. l. 24 juillet 1867). A raison de leur condamnation, ils ne pouvaient exercer aucune fonction de direction dans une société française. Mais ils avaient été nommés fondés de pouvoir de la Banque intercommunale de Crédit ayant son siège à Luxembourg et ayant pour objet toutes opérations de banque à l'étranger. Le tribunal correctionnel de la Seine, constatant le caractère purement fictif du siège social a considéré que la société était française et qu'en conséquence les fondés de pouvoir ayant contrevenu aux dispositions des articles 6 et 8 du décret-loi du 8 août 1935 pouvaient se voir appliquer les sanctions pénales prévues par la loi française. Là encore, c'est parce que la société était en réalité une société française que la loi pénale française a été appliquée (5).

Il n'en est pas de même du jugement rendu par le Tribunal correctionnel de la Seine dans l'affaire de la Société Piepert, jugement qui a admis la possibilité de réprimer conformément aux dispositions de la loi française, une publication mensongère faite hors de France par l'administrateur français d'une société étrangère (6).

D'ailleurs, dans ce cas, conformément à l'article 5 du Code d'Instruction criminelle, le fait qualifié délit par la loi française ne peut être poursuivi et jugé en France que dans la mesure ou il est également puni par la législation du pays sur le territoire duquel il a été commis. C'est donc seulement lorsqu'il existe une certaine concordance entre la loi étrangère et la loi française tout au moins quant au principe de la répression que la responsabilité pénale des administrateurs de sociétés étrangères pourra être mise en œuvre devant les tribunaux français. Il faudra d'autre part qu'une plainte ait été déposée contre l'administrateur de retour en France le ministère public ne pouvant dans ce cas mettre proprio motu l'action publique en mouvement, mais son intervention demeurant nécessaire par suite de l'impossibilité d'employer la voie directe dans cette hypothèse.

Abstraction faite de cette exception assez rare en pratique, on peut dire que la solution du conflit de lois relatif à la responsabilité pénale des organes socaux est dictée par la localisation de l'acte incriminé. Par conséquent toutes les fois qu'une opération effectuée en France apparaît répréhensible, c'est à la loi française qu'il appartient d'apprécier la responsabilité des administrateurs au point de vue pénal.

205. — (5) Tribunal Correctionnel Seine 25 octobre 1943 (Revue gén. trib. comm. 1943, p. 333).

205. — (6) Tribunal Correctionnel Seine 13 mars 1903 (Journ. Soc. 1903, p. 365 ; Clunet 1903, p. 831).

Toutefois, il est une sanction à laquelle les administrateurs d'une société étrangère faisant des opérations en France semblent pouvoir échapper, car la loi française ne leur est pas applicable dans cette hypothèse. C'est celle édictée par le décret-loi du 8 août 1935 qui décide qu'au cas de faillite de la société, le tribunal peut déclarer personnellement en faillite ou même banqueroutier simple ou frauduleux l'administrateur qui a fait sous le couvert de la société et dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres. Cette disposition est étroitement liée dans son application à la faillite de la société. On pourrait certes concevoir que lorsque la faillite de la société a été prononcée à l'étranger par le tribunal du siège social et que le jugement déclaratif de faillite a obtenu l'exequatur en France, le tribunal français puisse s'appuyer sur la faillite étrangère pour appliquer à l'administrateur les dispositions du décret-loi du 8 août 1935. Toutefois, à notre avis, cette possibilité est extrêmement douteuse par suite du caractère territorial de la faillite et surtout par suite du fait que c'est au tribunal qui prononce la faillite de la société qu'il appartient d'édicter les déchéances du décret-loi du 8 août 1935 (7). Dans ces conditions c'est seulement au cas de faillite française que ces dispositions pourront s'appliquer aux administrateurs de sociétés étrangères. La compétence de la loi française est donc restreinte en ce domaine aux seules sociétés possédant une succursale en France.

En matière de responsabilité pénale consécutive aux opérations effectuées par les organes sociaux en dehors du pays du siège social, la compétence de la société subit une atteinte grave puisqu'elle se trouve à peu près totalement écartée.

Cette solution est susceptible d'exercer une incidence sur celle des conflits de lois relatifs à la responsabilité civile des organes sociaux lorsque l'action publique est jointe à l'action civile.

Par contre lorsque l'action civile est intentée indépendamment de l'action publique, le problème de conflits de lois se pose d'une façon différente, car l'écueil sur lequel la compétence de la loi de la société était venue se briser en matière pénale, à savoir le caractère de lois de police et de sûreté des lois pénales du pays sur le territoire duquel les actes délictueux avaient été accomplis, ne se retrouve plus en matière de responsabilité civile.

205. — (7) Le même domaine d'application doit à notre avis être reconnu à l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940 qui décide qu'en cas de faillite de la société, le président directeur général peut être soumis aux déchéances de la faillite.

Section II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ORGANES SOCIAUX

206. — La responsabilité des organes de la société donne naissance à des conflits de lois nombreux et complexes qui apparaissent sous un jour différent selon que l'on envisage la responsabilité des gérants de sociétés de personnes ou celle des administrateurs de sociétés anonymes.

A. — *La responsabilité des gérants des sociétés de personnes*

Le droit français considère le gérant comme un mandataire de la société et le rend responsable de ses fautes qui sont appréciées avec une rigueur plus ou moins grande selon que le mandat est salarié ou gratuit. Au cas de pluralité de gérants, on admet qu'ils sont solidairement responsables de leurs fautes communes ou tout au moins qu'il existe à leur charge une obligation in solidum.

Ces règles sont-t-elles applicables aux sociétés étrangères contractant en France avec des tiers français ? Il est certain que la solidarité donne aux tiers contractants une sécurité plus grande et que dans cette mesure l'application du droit français semble conforme à l'intérêt national. Toutefois c'est à la loi étrangère de la société qu'il appartient, à notre avis de fixer l'étendue de la responsabilité des gérants. Remarquons cependant que cette solution peut être dangereuse du fait que la société étrangère qui effectue des opérations en France n'est astreinte à aucune publicité si elle n'a pas établi de succursale dans notre pays. Les contractants français devront agir avec circonspection et consulter, avant de traiter, les statuts de la société sous peine de s'exposer à des surprises désagréables.

B. — *La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes*

207. — Les administrateurs de sociétés anonymes sont soumis actuellement en droit français à une responsabilité assez lourde. Des conflits de lois sont susceptibles de naître relativement à l'étendue de cette responsabilité. Ils se doublent parfois d'autres conflits concernant la mise en œuvre de cette responsabilité du fait de la discrimination à faire lorsque la responsabilité d'un administrateur est mise en jeu par un actionnaire entre l'action collective, l'action individuelle et l'action sociale ut singuli.

I. — Conflit de lois relatifs a l'étendue de la responsabilité

La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes peut en droit français être mise en jeu dans un assez grand nombre d'hypothèses.

Tout d'abord, les premiers administrateurs sont avec les fondateurs responsables au cas d'irrégularité dans la constitution de la société et, depuis le décret-loi de 1935 cette responsabilité n'est plus subordonnée à la prononciation de la nullité de la société. Il suffit que le vice dont la constitution est entachée ait causé un préjudice au tiers et qu'il puisse être imputé aux administrateurs (1).

D'autre part, lors du fonctionnement de la société, les administrateurs peuvent encourir une certaine responsabilité à raison soit de leurs fautes de gestion, soit de la violation des statuts ou de la loi. Cette responsabilité peut être selon les hypothèses, soit contractuelle, soit délictuelle (2). Généralement l'administrateur, dans sa gestion est responsable comme mandataire. Toutefois, faute de texte précisant l'étendue du mandat, la responsabilité s'apprécie *in abstracto*. Elle peut d'ailleurs être, suivant les cas individuelle ou colective. Dans cette dernière hypothèse elle sera le plus souvent solidaire ou plus exactement *in solidum*.

En outre, la loi du 16 novembre 1940, art. 4, al. 5 et 6 est venue au cas de faillite de la société édicter une responsabilité spéciale à la charge du Président-Directeur général, organe nouveau qu'elle a créé, et des administrateurs. Lorsque la faillite ou la liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut à la demande du syndic ou du liquidateur judiciaire mettre à leur charge tout ou partie du passif social. Du fait de la faillite, une présomption de faute pèse sur eux, présomption simple qu'ils peuvent combattre par la preuve contraire, mais qui a néanmoins pour effet de renverser la charge de la preuve. C'est une des manifestations de la renaissance de l'*intuitus personæ* dans les sociétés de capitaux (3).

Ces réformes récentes font du système français un système bâtard apparenté à la fois aux conceptions libérales et aux concep-

207. — (1) Il faut d'ailleurs remarquer que le fait que le vice soit imputable aux administrateurs n'est pas toujours nécessaire pour engager leur responsabilité. Certaines décisions de jurisprudence admettent que leur responsabilité est engagée du seul fait qu'ils ont accepté leurs fonctions. Cass. Req. 7 janvier 1930 (S.1931.1.25 note P. Lescot).

207. — (2) Cf. Cass. Req. 29 mars 1938 (Sem. Jur. 1938.751) ; 20 avril 1939 (Revue gén. Dr. Comm. 1939, n° 143 ; Sem. Jur. 1939.1302) ; 9 mars 1942 (Sem. Jur. 1942.1930 note Bastian) ; 10 mars 1943 (S. 1944.1.9 note P. Lescot).

207. — (3) D. Veaux, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, thèse, Rennes, 1945.

tions autoritaires. A raison de ce caractère hybride, quel que soit le système législatif étranger vers lequel on tourne les yeux, il présente toujours avec le nôtre des divergences sur certains points, divergences qui donnent à la recherche du conflit de lois tout son intérêt pratique.

Le problème peut se poser en pratique devant les tribunaux français lorsque la responsabilité d'un administrateur est mise en cause à l'occasion d'une opération effectuée en France. Le conflit naît alors entre deux lois qui peuvent à un titre différent invoquer une aptitude théorique à régir la question de responsabilité : la loi étrangère qui est la loi de la société et la loi française qui est à la fois la loi du juge saisi (*lex fori*) et la loi du lieu ou a été accompli l'acte incriminé (*lex loci delicti*).

L'application des règles du droit des sociétés conduit à la compétence de la loi du siège social. Celle des règles de conflit relatives au droit commun de la responsabilité tend au contraire à faire pencher la balance en faveur de la *lex delicti*. L'opposition de ces deux principes explique l'embarras des rares auteurs qui se sont préoccupés de la question et des quelques décisions de jurisprudence rendues en cette matière.

Les arrêts rendus en ce domaine sont extrêmement rares et règlent des questions fort diverses de telle sorte qu'il est très difficile d'élaborer à leur lumière une construction ayant une valeur générale. D'autre part, il n'y a parmi eux aucune décision récente de telle sorte qu'ils ne nous seront malheureusement d'aucun secours pour régler le conflit de lois relatif à la responsabilité des administrateurs au cas de faillite de la société, question qu'il nous faudra résoudre sur le plan doctrinal, tout en souhaitant qu'un arrêt vienne préciser prochainement la position de la jurisprudence en ce domaine.

a) *La responsabilité des administrateurs en dehors de la faillite*

208. — Le problème de conflit de lois ne soulève guère de difficultés lorsque la responsabilité des dirigeants sociaux est consécutive à une fraude dans la fixaton du siège social. Le cas s'est présenté devant le tribunal de la Seine qui a statué à ce sujet dans un jugement du 17 novembre 1875 (1). Il s'agissait en l'espèce d'une société qui avait établi son siège social alors que le centre véritable de ses intérêts se trouvait en France. Elle s'était constituée conformément à la loi de son siège social fictif et avait notamment

208. — (1) Clunet 1877, p. 45.

procédé à l'émission d'actions de moins de 100 francs, émission autorisée par la loi étrangère, mais interdite par l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1867. Le tribunal de la Seine a décidé que les dirigeants sociaux encouraient toutes les responsabilités édictées par la loi française.

On peut rapprocher de cette décision le jugement rendu par le Tribunal de la Seine à propos de la responsabilité pénale des dirigeants de la société « The Moulin Rouge Attractions Limited » dont le siège social avait été établi frauduleusement à l'étranger à seule fin d'émettre en France des actions non libérées du quart (2).

La solution admise par le Tribunal de la Seine est parfaitement logique, car elle découle de l'application normale des principes généraux de la fraude à la loi. En effet, la sanction de la fraude à la loi en matière de société est le rétablissement du domicile social au centre réel de l'entreprise. Elle produit de ce fait comme conséquence de faire retomber la société sous l'empire de la loi française, tout au moins en ce qui concerne son statut juridique. Cette dernière se trouvait donc compétente non seulement à titre de *lex loci delicti,* mais encore en tant que loi de la société.

Toutefois, on pourrait se demander si la responsabilité des dirigeants sociaux peut être mise en cause en application de la loi française uniquement lorsque le but qu'ils se proposaient d'atteindre par la fixation frauduleuse du siège social à l'étranger était précisément le fait susceptible d'engager leur responsabilité. En l'occurence la responsabilité des dirigeants, dans le premier cas, pour l'émission d'actions non libérées du quart et dans le second pour l'émission d'action de moins de 100 francs ne jouerait que si ces émissions constituaient l'objectif principal qu'ils cherchaient à atteindre au moyen de la fraude. A notre avis une semblable condition n'est certainement pas nécessaire. En pratique elle serait d'ailleurs d'une application extrêmement difficile. Elle supposerait en effet de la part du juge une recherche psychologique souvent délicate, car la fixation frauduleuse du siège social à l'étranger a pu être dictée par des raisons multiples entre lesquelles il est difficile d'établir une hiérarchie.

D'autre part, le rétablissement par le Tribunal du siège social au lieu du centre réel de l'entreprise fait de cette dernière une personne morale de statut juridique français avec toutes les conséquences qui en découlent, c'est-à-dire non seulement la nullité de la société lorsque les statuts sont contraires à la loi française, mais encore la mise en jeu de la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs pour toutes les atteintes portées aux

208. — (2) Trib. Seine 2 juillet 1912 (D. 1913.2.145).

prohibitions édictées par la loi française, que ces atteintes aient été on non dans leur esprit le motif déterminant de la fraude. Cette solution est dictée par une double raison : elle est d'une part une conséquence normale de la maxime *fraus omnia corrumpit* ; elle donne d'autre part à nos tribunaux une arme extrêmement efficace dans la répression de la fraude, arme dont la portée est de nature à faire réfléchir les fondateurs.

Indépendamment de cette hypothèse dans laquelle la fraude dans la fixation du siège social conduit à admettre la compétence de la loi française, nos tribunaux n'ont eu que très rarement à se prononcer sur la responsabilité des administrateurs envisagée sous l'angle du conflit de lois. Les quelques décisions rendues en cette matière révèlent d'ailleurs de leur part une indécision très nette quant à la solution à adopter.

La Cour de Paris dans un arrêt du 2 juillet 1877 a décidé qu'une société constituée à l'étranger, mais ayant émis des obligations en France devait être soumise à la loi française en ce qui concerne la responsabilité de ses dirigeants (3). Il s'agissait en l'espèce de la Compagnie du Chemin de Fer du Nord et de la Catalogne dont la direction avait procédé en France à une émisison de 85.000 obligations. Un des directeurs avait rédigé des prospectus que tous les dirigeants avaient signés et dans lesquels il annonçait le versement d'un capital considérable déjà investi et l'existence de garanties et de subventions, toutes choses qui étaient uniquement le fruit de son imagination. Le directeur auteur du prospectus fut poursuivi en correctionnelle. Les autres, bien que s'étant rendus coupables d'une simple imprudence en apposant à la légère leur signature au bas du prospectus furent condamnés à des dommages-intérêts en application de l'art. 44 de la loi de 1867 édictant la responsabilité solidaire des gérants.

La Cour de Paris semble donc en l'espèce avoir appliqué la loi française à titre de *lex loci delicti*. Toutefois, il serait exagéré de vouloir tirer de cet arrêt des conclusions générales, car il semble que la Cour de Paris ait été, en l'occurence, influencée par les circonstances de l'espèce qui lui était soumise. Elle a fait remarquer que la société n'était étrangère qu'en apparence, car « bien qu'étrangère par son origine, elle avait été constituée en vue d'aboutir à une émission d'obligations en France ». Dans ces conditions la protection de l'épargne française commandait l'application des règles françaises de la responsabilité aux administrateurs d'une société qui lui faisait un appel aussi large qu'une société

208. — (3) Journal des Tribunaux de Commerce 1878, p. 25.
Cf. sur la solution admise par la jurisprudence américaine United states circuit court of appeals, 4 février 1902 (Clunet 1904, p. 982).

française. Il semble donc que la Cour de Paris ait admis la compétence de la loi française, moins à titre de *lex loci delicti* qu'à titre de loi organique d'une société qui était en réalité française si l'on se fondait sur l'objet qu'elle poursuivait (4).

Cette indication est d'ailleurs corroborée par la solution donnée par la Cour d'Appel de Lyon dans un arrêt du 8 mai 1907 (5), arrêt dans lequel elle semble, bien qu'elle ne le dise pas expressément admettre la compétence de la loi de la société. Il s'agissait en l'espèce d'un français domicilié en France qui avait commis des fautes personnelles de gestion dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur d'une société anonyme anglaise. La Cour de Lyon, envisageant tout d'abord le conflit de juridictions s'est reconnue compétente pour connaître de l'affaire, puis, se plaçant sur le terrain du conflit de lois elle a déclaré « il y a lieu pour apprécier les faits reprochés d'examiner les pouvoirs donnés par les statuts et les ratifications accordées par l'assemblée générale des actionnaires ». Dans son esprit il semblait donc que c'était en fonction des statuts sociaux, et par conséquent des dispositions de la loi étrangère les régissant, qu'il fallait apprécier le caractère délictueux du fait incriminé. Toutefois, là encore, la Cour de Lyon ne s'est pas prononcée avec suffisamment de netteté pour que l'on puisse affirmer de façon péremptoire que telle était sa position.

En conclusion on peut donc seulement affirmer que la jurisprudence française semble plutôt favorable à la compétence de la loi de la société. Mais c'est une simple indication que nous pouvons tirer de son étude, C'est donc vers la doctrine qu'il nous faut nous tourner. A peu près seul, Pillet s'est occupé de ce problème. C'est donc à la lumière de sa conception et des imperfections qu'elle nous aura semblé receler qu'il nous faut rechercher la solution du conflit de lois relatif à l'étendue de la responsabilité.

Théorie de Pillet (1)

209. — Pillet, partant de l'idée qu'il existe deux lois qui peuvent invoquer une aptitude théorique à régir la responsabilité civile des administrateurs la loi de la société et la *lex loci delicti* estime qu'il est certain que lorsqu'une société fonctionne hors de son pays de constitution, on peut au moins la soumettre en principe aux responsabilités telles qu'elles sont déterminées par la loi qui régit son statut juridique, c'est-à-dire soit par ses statuts, soit par sa loi de constitution. Pour Pillet le point douteux est de savoir s'il

208. — (4) Pillet, *op. cit.* n° 175, p. 259 ; Lagarde, *op. cit.* n° 266, p. 353.
208. —(5) Clunet 1908, p. 173.
209. — (1) Pillet, *op. cit.* n° 175, p. 260-261.

est possible de la soumettre en outre aux lois locales. Pour résoudre ce problème Pillet se rallie à un système éclectique fondé sur une distinction entre deux hypothèses.

Si l'administrateur s'est rendu coupable d'une fraude qui est susceptible en vertu des dispositions de la *lex loci delicti* d'engager sa responsabilité pécuniaire, il serait inique de lui permettre de s'abriter derrière la loi de la société pour se livrer impunément sur notre territoire à des actes frauduleux. Mais, dans ce cas, d'après Pillet ce seront moins les dispositions de la loi locale sur les sociétés qu'il conviendra d'appliquer que les principes généraux du droit en matière de responsabilité civile, la loi de police s'appliquant toujours aux faits qui se sont produits sur le territoire.

Lorsqu'au contraire les faits reprochés à l'administrateur constituent des fautes qui peuvent présenter un certain degré de gravité, mais qui ne révèlent pas pour autant chez leur auteur une intention frauduleuse le tiers qui a traité avec les représentants d'une société étrangère ne pourra invoquer que les responsabilités déterminées par la loi de la société. Cette solution est dictée par une double raison :

Lorsque les statuts de la société étrangère ont été publiés dans le pays, ce qui sera le cas lorsque la société a établi une succursale en France, les tiers devaient en avoir pris connaissance avant de traiter. S'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes les inconvénients qui peuvent en résulter pour eux si la loi étrangère de la société est moins protectrice de leurs intérêts que la loi française.

D'autre part, l'étendue des pouvoirs des administrateurs est régie par la loi étrangère. Or, l'étendue de la responsabilité est nécessairement liée à celle des pouvoirs. On ne peut soumettre à la responsabilité assez lourde édictée par le droit français des sociétés, les administrateurs d'une société étrangère qui, en vertu de la loi de la société ne disposent que de pouvoirs assez restreints.

La théorie de Pillet présente l'avantage de consacrer une solution équitable en frappant plus gravement l'administrateur coupable de vol ou de fraude que celui à l'encontre duquel on ne peut relever qu'une simple faute non intentionnelle.

Toutefois, s'il se justifie du point de vue de l'équité le système de Pillet prête par contre à la critique si on l'apprécie en fonction des principes généraux de solution des conflits de lois. Il a en effet pour conséquence d'entraîner une variation du domaine d'application dans l'espace de l'article 1382 CC selon que le fait incriminé est un dol ou une simple faute non intentionnelle. Or, en matière de responsabilité de droit commun, il n'est pas d'usage que la gravité de la faute exerce une incidence sur la solution du conflit le

lois. Si l'on admet comme le fait Pillet l'application des règles de conflits de la responsabilité délictuelle, il faut donner à la *lex loci delicti* le domaine qui lui est traditionnellement reconnu et ne pas en limiter la compétence aux seules fraudes commises par les administrateurs.

C'est la raison pour laquelle nous pensons que la distinction proposée par Pillet doit être écartée, car elle ne possède pas, du point de vue juridique, une assise suffisamment solide pour servir de base à la règle de conflit.

Système proposé

210. — A notre sens, lorsque l'on s'attache à découvrir la solution du conflit de lois, il faut partir non pas d'une distinction dans la gravité de la faute, mais d'une distinction dans la nature de la responsabilité (1). Le conflit de lois se présente en effet sous un jour différent suivant que la responsabilité des administrateurs est contractuelle ou délictuelle et les difficultés rencontrées dans la recherche de la solution de conflit ne présentent pas la même intensité dans l'un et l'autre cas.

Lorsqu'on se trouve en présence d'une responsabilité contractuelle, la solution du confit de lois est relativement facile, car la règle de conflit du droit des sociétés et celle de la responsabilité contractuelle concordent pour attribuer compétence à la loi de la société.

En effet, en matière de responsabilité contractuelle la doctrine et la jurisprudence françaises et étrangères (2) admettent généralement que la loi applicable est celle du contrat. La faute de gestion de l'administrateur apparaissant comme une inexécution ou une mauvaise exécution de son mandat, sa responsabilité doit être soumise à la loi du mandat qui est, de toute évidence la loi de la société. Cette responsabilité contractuelle sera d'ailleurs celle dont l'associé cherchera le plus souvent à se prévaloir car, bien que certains arrêts admettent encore que l'action individuelle de l'associé est délictuelle, il semble que la jurisprudence tende à lui permettre

210. — (1) La distinction proposée se retrouve d'ailleurs en germe dans la théorie de Pillet, puisque l'éminent auteur admet qu'en cas de fraude d'un administrateur soumise à la *lex loci delicti*, il faut appliquer non pas les règles du droit local des sociétés, mais celles du droit commun de la responsabilité.

210. —(2) V. en ce sens Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats* n° 492-493, p. 406-409 ; Niboyet, *Recueil des cours de l'Académie de Droit international* 1927, I, p. 83-84 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4e éd. 1937, n° 358, p. 437 ; Jurisprudence : trib. comm. Marseille 20 janvier 1926 (Clunet 1927, p. 67) ; Paris 15 février 1933 (Clunet 1933, p. 959) contra : Valéry, *Manuel de droit international privé*, n° 685, p. 687.

d'invoquer la faute commise par l'administrateur dans l'exécution du contrat de mandat en faisant valoir qu'il est dans le champ contractuel (3).

En matière de responsabilité délictuelle, la solution du conflit de lois est plus délicate, car la règle de conflit admise en matière de responsabilité délictuelle se heurte à celle reconnue en matière de sociétés. La *lex loci delicti* s'oppose donc à la loi de la société. On a fait valoir en faveur de la *lex loci delicti* le caractère de lois de police et de sûreté des règles de la responsabilité délictuelle, l'article 1382 CC. devant s'appliquer à tous les actes délictueux ou quasi-délictueux commis sur le territoire (4).

Nous ne croyons pas cependant que la *lex loci delicti* doive s'appliquer à la responsabilité délictuelle des administrateurs de sociétés anonymes. En effet, les fautes personnelles accomplies par eux et susceptibles d'engager leur responsabilité l'ont été dans l'exercice de leurs fonctions. Elles ont donc trait à l'activité de la société, car elles ont été commises par l'administrateur en tant que tel et non à titre de simple particulier.

On pourra certes reprocher à l'application de la loi de la société de conduire à une solution contraire à l'équité en ce sens que les tiers de bonne foi privés de la protection de la loi française pourront subir un préjudice considérable. Une semblable objection serait difficile à refuter si le juge français ne disposait pas du correctif de l'ordre public. Toutes les fois que l'absence de réparation admise par la loi étrangère apparaîtra choquante, compte tenu de la gravité de la faute de l'administrateur, le tribunal français pourra sur le fondement de l'ordre public revenir à la compétence de la *lex fori*. Par là même nous nous rapprochons de la conception de Pillet puisque nous admettons que la gravité de la faute pourra permettre au juge de revenir à la compétence de la loi française. La solution proposée demeure cependant fort différente de celle de Pillet, car même en cas de fraude de l'administrateur, la loi française ne s'appliquera que dans la mesure où la loi étrangère, par l'absence de sanctions civiles suffisamment efficaces, heurte nos conceptions. Dans tous les cas, la compétence de la loi française demeurera donc execptionnelle et en conséquence notre loi s'appliquera alors non à titre de *lex loci delicti*, mais à titre de *lex fori*.

La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle des administrateurs n'exerce donc pas en

210. — (3) La question est plus douteuse pour les obligataires. Le tribunal civil de la Seine dans un jugement du 14 novembre 1923 a décidé que les statuts leur étaient inopposables (Clunet 1924, p. 130) contra LAGARDE *op. cit.* n° 264, p. 352.

210. — (4) PILLET, *op. cit.* n° 175, p. 260.

définitive d'influence sur la loi applicable. Elle constitue un point de départ intéressant, car le conflit ne joue pas entre les mêmes lois dans l'un et l'autre cas mais, en dépit de cet aspect différent des conflits relatifs à l'une et l'autre matière, il est possible d'arriver à la compétence de principe d'une loi unique.

211. — Toutefois, l'existence d'une double responsabilité (délictuelle et contractuelle), à la charge des administrateurs, pose au juge un *problème de qualification*. Selon quelle loi appréciera-t-il la nature de la responsabilité ?

La solution du conflit de qualifications nous semble dictée en cette matière par le système adopté pour la solution du conflit de lois.

Si nous avions admis que la *lex loci delicti* était normalement compétente en matière de responsabilité délictuelle des administrateurs et la loi de la société en matière de responsabilité contractuelle, la détermination de la nature de la responsabilité aurait eu le caractère d'une véritable qualification, dans le sens que l'on attribue à ce terme en droit international, c'est-à-dire d'une qualification préalable dont dépend la loi applicable. Nous aurions dû, conformément aux principes admis en matière de qualifications (1) consacrer la compétence de la *lex fori*.

Au contraire, dans le système préconisé, par suite de la compétence de principe de la loi de la société quelle que soit la nature de la responsabilité de l'administrateur, la détermination de cette nature revêt le caractère d'une « qualification secondaire » selon la terminologie de M. Bartin, c'est-à-dire d'une qualification dont l'influence se fait sentir uniquement en droit interne et qui n'exerce aucune incidence sur la loi applicable préalablement déterminée en dehors d'elle. Dans ces conditions il n'y a aucune raison d'appliquer à une question qui n'est pas une véritable qualification au sens où on l'entend en droit international privé les règles admises en cette matière. La compétence de la *lex fori* ne se justifie donc plus. Il faut soumettre la détermination de la nature de la responsabilité à la loi de la société. Dans un seul cas la *lex fori* redeviendra compétente pour qualifier la nature de la responsabilité. Ce sera lorsque par suite du jeu de l'ordre public, le tribunal français est revenu à la compétence de la *lex fori* pour apprécier la responsabilité de l'administrateur. Mais, dans ce cas, elle ne tirera pas sa compétence des règles régissant la solution du conflit de qualifica-

211. — (1) BARTIN, *Etudes*, p. 13 à 24, et *Principes*, t. I, p. 48 et s., NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 953, p. 348 et s. ; Cf. la définition donnée par la Cour de Paris 9 janvier 1943 (Sem. Jur. 1943 n° 2176 note Bartin; S. 1943.2.29 Niboyet).

tion, mais du fait qu'elle s'est vue attribuer une compétence exceptionnelle sur l'ensemble des questions touchant à la responsabilité des administrateurs.

b) *La responsabilité des administrateurs au cas de faillite de la société*

212. — La réforme de la loi du 16 novembre 1940 permettant aux tribunaux de mettre à la charge des administrateurs et du président directeur général une partie du passif social au cas de faillite de la société révélant une insuffisance d'actif soulève un problème de conflit de lois nouveau. Il faut, en effet, déterminer si ce texte s'applique aux sociétés étrangères faisant des opérations en France et dont la faillite a été prononcée soit en France, soit au lieu du siège social. Dans l'affirmative, on se trouverait en présence d'une exception intéressante à la solution du conflit de lois que nous avons proposée, à savoir la compétence de la loi de la société à l'ensemble de la responsabilité des administrateurs.

M. Niboyet, recherchant le domaine d'application de l'article 4 de la loi du 16 novembre 1940, a précisé la nature de cette disposition (1).

A son avis, la responsabilité nouvelle, édictée par la loi du 16 novembre 1940, n'est pas une véritable loi de police. Elle se rattache plutôt aux règles de la faillite et c'est en fonction de ces dernières que l'on doit en fixer le domaine d'application.

Elle s'appliquera donc aux sociétés étrangères toutes les fois qu'aura été prononcée contre elles une faillite française, ce qui ne pourra se produire que si la société possède une succursale en France ou tout au moins si une partie de ses biens se trouve située dans notre pays. Mais dans ce cas, la loi du 16 novembre 1940, s'appliquant à titre de loi de la faillite, elle sera compétente quel que soit le pays sur le territoire duquel les dettes auront été contractées.

Les sociétés étrangères faisant simplement des opérations en France sans y posséder de succursales ne peuvent par contre jamais voir leurs administrateurs tomber sous le coup de la loi de 1940.

La solution admise par M. Niboyet nous semble parfaitement rationnelle (2). Elle nous conduit à admettre une exception à la

212. — (1) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1125, p. 105-106.

212. — (2) Toutefois, il n'est pas certain que tel soit dans l'esprit du législateur français, le domaine d'application de la loi du 16 novembre 1940. Le décret du 8 juin 1946 mod. par celui du 12 septembre 1946 a en effet étendu la loi de 1940 aux sociétés ayant leur siège social en France et leur exploitation dans les territoires d'outre-mer autres que l'Algérie. Le législateur n'entend-il pas dès lors réserver l'application de la loi de 1940 aux sociétés de statut juridique français.

compétence de la loi de la société en matière de responsabilité civile des administrateurs. Cette exception ne saurait, d'ailleurs à notre sens, ruiner la validité du principe que nous avons énoncé, car elle tient au caractère hybride de la responsabilité qui est moins étroitement liée aux règles traditionnelles admises en cette matière qu'à celles de la faillite. Il est donc. normal que la territorialité de la faillite rejaillisse sur elle et permette d'étendre la loi de 1940 à des sociétés qui ont une succursale en France ou qui y possèdent des biens mais ne sont pas de statut juridique français.

II. — Les conflits de lois relatifs a la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs

213. — Dans certaines hypothèses le problème de la mise en œuvre de la responsabilité ne soulève pas de difficultés parce que la qualification de l'action ne fait aucun doute. Il en est ainsi lorsque c'est un créancier de la société qui l'intente ; on est alors en présence d'une action individuelle. De même, en matière de faillite, toute difficulté est écartée du fait que le droit d'exercer l'action est réservé au syndic.

Par contre lorsqu'un associé veut agir en responsabilité contre un administrateur, il importe en droit français interne de rechercher si l'on se trouve en présence d'une action sociale, d'une action individuelle ou d'une action sociale *ut singuli*.

La jurisprudence française s'est pendant longtemps montrée extrêmement hésitante dans le choix du critère de distinction de l'action sociale et de l'action individuelle. Les arrêts récents semblent cependant avoir adopté une position ferme et fondent la distinction sur le préjudice. Si le préjudice atteint la société toute entière, l'action est sociale ; s'il est causé simplement à un ou à quelques actionnaires, elle est individuelle (1).

Lorsqu'un tribunal français a à déterminer la nature de l'action en responsabilité intentée par un associé contre un administrateur d'une société étrangère faisant des opérations en France, le problème de conflits de lois se pose. Il faut, en effet, déterminer suivant quelle loi le tribunal devra procéder à la qualification de l'action. Le conflit de lois pourra d'ailleurs présenter un intérêt assez considérable, car il est possible que le droit étranger fonde la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle sur des bases diffé-

213. — (1) Cas. Req. 26 avril 1932, note doyen H. Rousseau ; Paris 19 juillet 1935 (S. 1936.2.33. note doyen H. Rousseau) ; Cass. Civ. 29 juillet 1941 (S. 1943.1.57 note J.M.C.) ; 25 novembre 1941 (Sem. Jur. 1942 note G. Péan) ; Paris, 12 avril 1943 (Sem. Jur. 1944 n° 2534 note Bastian) ; Paris 25 février 1945 (S. 1945.2.133 note G.B. ; Gaz. Pal. 15-16 mars 1945).

rentes de celles du droit français. Il se peut également que le droit étranger ignore l'action sociale *ut singuli* ou même qu'il juge inutile de distinguer aussi nettement que le droit français l'action sociale de l'action individuelle (2).

A raison de la diversité des critères de distinction pouvant être adoptés par les différents systèmes législatifs ou jurisprudentiels, la détermination de la loi applicable apparaît donc nécessaire.

L'hésitation n'est guère possible qu'entre deux lois, la loi de la société et la *lex fori*.

On peut faire valoir en faveur de la *lex fori* que la détermination de la nature de l'action en responsabilité est une question de qualification qui, en vertu des règles traditionnellement admises en cette matière, n'est pas susceptible d'être soumise à une autre loi que la *lex fori*. Cette solution ne serait exacte que si la détermination de la nature de l'action était effectivement une question de qualification au sens du droit international privé. Or, il n'en est rien. Elle apparaît comme une qualification secondaire n'exerçant aucune influence sur la loi applicable. Elle n'affecte, en effet, que les modalités auxquelles l'action est soumise en droit interne. Dans ces conditions la compétence de la *lex fori* à titre de loi régissant le conflit de qualifications ne se justifie pas.

Il semble donc que la qualification de la nature de l'action doive être soumise à la loi de la société. En effet, puisque la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle n'a de répercussions que sur les modalités de la responsabilité en droit interne, elle ne se conçoit qu'en fonction des règles que consacre chaque législation nationale, relativement à la responsabilité des administrateurs. Son intérêt se trouve donc entièrement subordonné à ces dernières. Si par exemple, la loi étrangère de la société, qui est normalement compétente pour régir le principe et l'étendue de la responsabilité, consacre un régime absolument indépendant de la personne qui intente l'action et de la nature de celle-ci, il serait sans aucun intérêt de rechercher en se fondant sur la *lex fori* quelle qualification donner à l'action. C'est donc seulement dans la mesure où la loi de la société l'admet et lui fait produire des conséquences intéressantes qu'il est utile de la rechercher. Dans ces conditions, il apparaît normal de soumettre la qualification à la loi de la société (3).

213. — (2) Le droit reconnu aux actionnaires d'intenter l'action sociale *ut singuli* est particulièrement étendu en droit français depuis que le décret-loi du 31 août 1937 a, d'une part, retiré à la société le droit en renonçant à son action d'éteindre par un quitus le droit de l'actionnaire et, d'autre part, déclaré nulles les clauses d'avis et les clauses prohibitives.

213. — (3) Il ne pourrait en être autrement que dans la mesure où l'on fonderait la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle sur la

Toutefois, à ce principe de la compétence de la loi de la société en tant que loi applicable à la solution du conflit de qualifications relatif à la nature de l'action en responsabilité, il semble qu'il faille apporter une exception lorsque cette qualification est préalable à la détermination de la compétence juridictionnelle.

214. — C'est d'ailleurs uniquement en cette hypothèse que la jurisprudence française a eu à se prononcer sur la qualification de la nature de l'action en responsabilité.

La seule décision que nous ayons relevée sur ce point émane du Tribunal civil de la Seine et a été rendue à propos d'une société de banque étrangère dont la loi disposait que tous les étrangers prenant part aux affaires de la banque, soit comme associés, soit comme employés ou à un tout autre titre ne pourraient se prévaloir de leur droit d'étrangers au point de vue de la compétence juridictionnelle et seraient soumis en conséquence à la compétence des tribunaux du lieu du siège social (1).

Le tribunal civil de la Seine saisi d'une action intentée par certains porteurs de parts de fondateurs de la société contre les dirigeants sociaux qui soulevèrent une exception d'incompétence, décida que les dispositions de la loi de la société avaient pour effet de rendre les juridictions françaises incompétentes pour connaître des actions sociales mais par contre leur laissait toute latitude en ce qui concerne le jugement des actions individuelles. Il fut dès lors nécessairement amené pour statuer sur l'exception d'incompétence à se prononcer sur la qualification de la nature de l'action qui lui était soumise.

Or, il apparaît très nettement que dans cette qualification le tribunal civil de la Seine s'est référé à la *lex fori*. Dans les attendus du jugement nous pouvons relever en effet la formule suivante : « attendu que, tandis que l'action sociale est l'action du mandat (art. 1992 du code civil) et n'appartient qu'aux associés contre l'administrateur, lequel répond non seulement de son dol, mais aussi de sa faute même légère, de sa négligence et même de son silence, l'action individuelle qui appartient aux tiers comme aux associés, a sa source dans un quasi-délit, et sa consécration dans l'article 1382 du code civil » (2).

nature de la responsabilité (en ce sens Pic, Lacour et Bouteron) et où l'on admettrait la compétence de la *lex loci delicti* en matière de responsabilité délictuelle. Dans ce cas la qualification de la nature de la responsabilité étant soumise à la *lex fori* et se confondant avec la qualification de la nature de l'action entraînerait par ricochet la soumission de cette dernière à la loi du for.

214. — (1) Trib. Civ. Seine 19 janvier 1909 (Clunet 1910, p. 205).

214. — (2) Il convient de remarquer que le Tribunal de la Seine fonde la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle sur la nature con-

Cette formule ne peut laisser subsister aucun doute quant à la loi compétente dans l'esprit des juges du tribunal de la Seine pour régir la qualification. C'est incontestablement la *lex fori.*

La solution adoptée en l'espèce peut sembler en contradiction avec le système que nous préconisons, système dans lequel nous avons conclu à la compétence de la loi de la société.

En réalité cette contradiction n'est qu'apparente, car notre adoption de la loi de la société ne se justifiait que parce que nous avions remarqué qu'en matière de conflit de lois la qualification de la nature de l'action en responsabilité n'était qu'une qualification secondaire. Ici au contraire, la compétence juridictionnelle étant subordonnée à la qualification adoptée, cette dernière exerce une incidence directe sur la solution du conflit de juridictions. Elle constitue donc une véritable qualification préalable au sens du droit international et doit, conformément aux principes généraux admis en la matière être soumise à la *lex fori.*

Ce cas sera d'ailleurs très rare en pratique, car il suppose l'insertion dans les statuts de la société d'une clause par laquelle les associés étrangers renoncent à se prévaloir des dispositions de leur droit national en matière de compétence juridictionnelle. A raison de sa rareté elle ne saurait saper le principe de la compétence normale de la loi de la société pour déterminer le caractère social ou individuel de l'action.

Elle permet, toutefois, de vérifier le caractère contingent et variable de la qualification. Une qualification n'est pas imuablement préalable ou secondaire. Sa nature est subordonnée aux conséquences qu'elle produit, conséquences qui varient avec les espèces.

L'étude des conflits de lois relatifs à la responsabilité des organes sociaux a révélé que la compétence générale de la loi de la société pouvait parfois se heurter à un obstacle résultant de l'application des règles de conflits en matière de responsabilité et principalement du caractère territorial de la *lex loci delicti.*

C'est également la territorialité du droit qui sur certains points viendra en matière de faillite limiter l'application générale de la loi du siège social.

tractuelle ou délictuelle de la responsabilité. Ce critère est, comme nous l-avons noté, abandonné aujourd'hui par la jurisprudence récente au profit de celui fondé sur l'étendue du préjudice en ce qui concerne les personnes en ayant souffert.

TITRE IV

Les conflits de lois relatifs à la faillite des sociétés

215. — La détermination de la loi applicable à la faillite des sociétés ne soulève guère de problèmes tirant leur originalité du fait que le débiteur failli est une société. Les règles de conflits sont le plus souvent communes à la faillite des commerçants, personnes physiques et des sociétés. Cependant, en dépit de ce manque d'originalité, les conflits de lois relatifs à la faillite des sociétés présentent une importance certaine, car la plupart des arrêts relatifs au droit international privé de la faillite ont été rendus en matière de sociétés.

La source des difficultés qu'offre la détermination de la loi applicable à la faillite des sociétés réside dans le caractère complexe de cette institution qui touche à la fois au droit des sociétés, à celui des biens, aux règles du statut personnel, à celles de procédure et de voies d'exécution.

Dans la mesure où la faillite constitue un procédé d'exécution sur le patrimoine du débiteur, elle se rattache à la fois aux éléments de ce patrimoine sur lesquels elle porte, c'est-à-dire au statut réel et aux règles techniques de procédure applicables aux saisies avec lesquelles elle présente des analogies certaines. Dans la mesure où par les incapacités et les déchéances qu'elle entraîne elle est susceptible d'affecter l'état et la capacité du débiteur, elle semble rentrer dans le cadre du statut personnel. Les lois applicables au statut réel étant d'application territoirale et celles applicables au statut personnel d'application extra-territoriale on voit immédiatement le dilemne que pose la faillite au point de vue du conflit de lois à raison de son caractère hybride.

La détermination de la loi applicable est d'autant plus délicate qu'il faut tenir compte de deux éléments étrangers aux principes généraux de conflits de lois : le conflits de juridictions et la conciliation des multiples intérêts mis en jeu par la faillite.

Il est tout d'abord impossible de découvrir la solution du conflit de lois en faisant abstraction de la compétence juridictionnelle.

En effet, la faillite est déclarée par jugement et, le juge saisi appliquant presque toujours sa propre loi, c'est la détermination du tribunal compétent qui commandera pratiquement celle de la loi applicable.

D'autre part, la recherche de la solution de compétence législative et juridictionnelle doit se faite compte tenu des multiples intérêts qui s'opposent dans la faillite et qui commandent l'application de lois différentes.

C'est tout d'abord l'intérêt de la société et des associés, notamment des actionnaires. L'unité de statut juridique tend là encore à faire pencher la balance en faveur de la loi de la société.

En face de cet intérêt se dresse celui des créanciers sociaux. Une faillite bien organisée constitue pour eux une garantie, car elle constitue un ultime recours qui leur permet de contracter avec le minimum de risques. Leur intérêt semble donc commander l'application de la loi locale qu'ils connaissent mieux. Il faut toutefois remarquer qu'elle a généralement pour effet de restreindre l'étendue de leur gage, puisqu'elle le limite pratiquement aux biens situés dans le pays où la faillite est déclarée.

D'autre part, il faut prendre en considération l'intérêt de l'Etat sur le territoire duquel se sont déroulées les opérations qui ont engendré la faillite. Une bonne organisation de la faillite est un facteur de sécurité et de prospérité du commerce national, car elle constitue non seulement une sanction curative, mais aussi un moyen préventif. Le législateur français l'a parfaitement compris. C'est la raison pour laquelle il a cherché à étendre aux administrateurs de sociétés anonymes les peines de la faillite par le décret-loi du 8 août 1935 et la loi du 16 novembre 1940. Dans ces conditions la non-application des règles françaises de la faillite aux sociétés étrangères ne risque-t-elle pas de constituer un danger pour la sécurité du commerce national en même temps qu'elle est la manifestation d'une carence de l'Etat dans la protection des créanciers français ?

La détermination de la loi applicable serait d'ailleurs sans grande importance si les diverses législations consacraient en matière de faillite des solutions sensiblement analogues. Or, il n'en est rien.

Il n'est pour se convaincre du particularisme des différents systèmes juridiques que de prendre quelques exemples. Le droit français considère que le fait qui constitue la base de la faillite est la cessation des paiement. Le droit américain, au contraire, subordonne la prononciation de la faillite à l'insolvabilité du débiteur (1). Or, il y a entre les deux notions une différence très nette.

215. — (1) La loi des Etats-Unis du 1er juillet 1898, article 3, dispose : « Toute poursuite ou faillite devra être rejetée s'il est allégué et démontré

En effet, une société, à raison de l'impossibilité dans laquelle elle se trouve de réaliser immédiatement son actif, peut ne pas faire face à ses échéances sans qu'il en résulte nécessairement que l'actif social soit inférieur au passif. Dans ces conditions l'application de la loi française permettra aux créanciers de demander la faillite dès la cessation des paiements. L'application de la loi américaine les contraindra au contraire à attendre que la société débitrice soit insolvable, c'est-à-dire qu'elle les empêchera pratiquement de retirer de la faillite une part sustantielle de leurs créances.

A raison de l'intérêt considérable que présente la détermination de la loi applicable, la jurisprudence des différents pays a eu fréquemment à se prononcer sur ce point, les auteurs s'y sont attachés et plusieurs traités se sont efforcés de supprimer les difficultés de compétence législative. C'est en fonction de ce triple droit jurisprudentiel, doctrinal et conventionnel qu'il faudra s'attacher à rechercher la loi de la faillite. Cette compétence de principe étant déterminée, il faudra entrer dans le détail de l'institution afin de voir si la loi qui aura été choisie peut régir sans exception tous les rouages de la faillite ou si, au contraire, sur des points particuliers, d'autres lois sont susceptibles de faire échec à sa compétence.

---

que le défendeur n'était pas dans un état d'insolvabilité dans le sens de la définition donnée par la présente loi, au moment du dépôt de la demande formée contre lui. »

L'article 1er, al. 15, donne la définition de l'insolvabilité : « Une personne doit être considérée comme insolvable toutes les fois que l'ensemble de son actif ne doit pas, d'après une juste évaluation, suffire à payer ses dettes, abstraction faite des biens qu'elle a cédés, aliénés, dissimulés ou détournés, ou permis de dissimuler ou de détourner avec l'intention de frauder ses créanciers, de paralyser ou de retarder leurs actions. »

CHAPITRE I

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DE LA FAILLITE

216. — La détermination de la loi de la faillite est fonction de la position que l'on adopte relativement à la solution du conflit de compétence juridictionnelle, solution qui dépend elle-même de la conception que l'on a de la nature de la faillite en droit international privé. Sur ce point deux conceptions s'opposent, d'une part celle de l'unité ou de l'universalité de la faillite, d'autre part celle de la pluralité ou de la territorialité de la faillite.

Si l'on admet le système de l'unité de la faillite, c'est-à-dire le système dans lequel la faillite d'une société ne peut être déclarée qu'au lieu du siège social, on est nécessairement amené à reconnaître la compétence de la loi de la société qui régira, même à l'étranger, l'ensemble des effets de la faillite. La loi compétente sera donc la loi du siège social et la détermination de son domaine consistera à rechercher dans quelle mesure, à raison de la situation à l'étranger de certains éléments du patrimoine de la société, la compétence territoriale de la *lex rei sitæ* ou de la *lex fori* ne fait pas échec sur certains points à la compétence de principe de la loi de la société.

Si l'on admet au contraire la possibilité pour les créanciers français d'une société étrangère possédant des succursales en France de demander la mise en faillite pour l'ensemble des biens de la société situés en France, on se trouvera en présence d'une faillite française qui sera nécessairement soumise à la loi territoriale française. La détermination du domaine de la loi de la faillite consistera à rechercher dans quelle mesure la loi étrangère ne pourra pas à raison de l'allégeance étrangère du débiteur failli venir tempérer la compétence de principe de la loi française.

La solution de la compétence législative est donc commandée par celle de la compétence juridictionnelle. Aussi est-ce à la lumière de l'opposition des théories de la pluralité et de l'unité de la faillite que l'on peut se forger une opinion quant à la détermination rationnelle de la loi de la faillite.

Section I

THÉORIE DE L'UNITÉ ET DE L'UNIVERSALITÉ DE LA FAILLITE

217. — Ce système qui compte de nombreux partisans (1) limite au seul tribunal du domicile du débiteur failli, c'est-à-dire en l'occurence à celui du siège social de la société, le droit de prononcer la faillite de cette dernière.

D'après les tenants de cette thèse l'unité de la faillite trouve une double justification dans l'unité du patrimoine et dans la nécessité d'assurer l'égalité des créanciers.

On a invoqué tout d'abord en faveur de l'unité de compétence judictionnelle et législative le principe de l'unité du patrimoine. En effet, la société étant une personne morale et par conséquent un sujet de droit possède, comme toute personne physique un patrimoine un et indivisible. Dans ces conditions, toute scission de ce patrimoine étant arbitraire, la faillite doit étendre ses effets à tous éléments de ce dernier quel que soit le pays dans lequel ils se trouvent. D'ailleurs le créancier, quand il a contracté avec la société, l'a fait compte tenu de l'ensemble du patrimoine social et non des seuls biens existant dans le pays où a eu lieu la formation du contrat. Dans ces conditions tous les créanciers de la société doivent avoir un gage commun : le patrimoine social. Or, pour atteindre ce but, l'unité de compétence législative est nécessaire.

Elle l'est d'autant plus que l'une des préoccupations qui dictent la réglementation de la faillite est d'assurer l'égalité entre les créanciers. Cette égalité ne pourra être obtenue de façon rigoureuse que dans la mesure où il n'y aura qu'une faillite soumise à une loi unique, celle du siège social. C'est à cette condition seulement que l'on sera certain de la répartition égale de l'actif social entre tous les créanciers et de l'absence de cumul frauduleux de la part de certains d'entre eux qui, au cas de pluralité de faillites, pourraient réussir à produire à des masses différentes.

Indépendamment de ces arguments rationnels les partisans de l'unité et de l'universalité de la faillite s'appuient sur des arguments de textes relatifs à la compétence juridictionnelle en matière de

217. — (1) V. en ce sens : Savigny, *Traité du Droit Romain*, traduction Guenoux, t. VIII, pp. 283 et 284 ; Brocher, *Cours de Droit International privé* n° 305 et s. ; Pasquale Fiore, *Droit International privé*, n° 305 et s. ; Glasson (Clunet 1881, p. 126 et s.) ; Weiss, *Traité*, p. 961 ; Despagnet, n° 625 et s. ; Humbert, *Des effets de la faillite déclarée à l'étranger d'après la jurisprudence belge* (Clunet 1887, p. 87 et s.) ; M. Travers, *Le Droit commercial international*, t. VI, fasc. 1, n° 11041, p. 35 et s. ; Kurt H. Nadelmann, *Droit International privé de la faillite* (Clunet 1940-45, n° 1 janvier, février, mars, p. 73).

faillite. L'article 438 du Code de Commerce attribue en effet compétence au tribunal du domicile du failli, c'est-à-dire du siège social de la société. On en déduit que ce principe de droit français s'imposant à nos juges aussi bien sur le plan international que sur le plan interne, toute société n'ayant pas son siège social en France ne peut y être déclarée en faillite, et qu'au contraire la faillite déclarée au siège social étranger, étant conforme au principe de compétence juridictionnelle de la loi française doit produire effet de plein droit en France.

Ces divers arguments constituent une base commune aux différents partisans de l'unité de la faillite. Mais indépendamment des trois arguments sus-indiqués que reprennent tous les tenants de cette thèse, certains défenseurs de l'universalité de la faillite font valoir en faveur de ce principe des justifications supplémentaires qu'ils sont seuls à admettre.

Certains auteurs fondent l'unité de compétence législative sur l'unité de la masse de la faillite. C'est notamment le cas de M. Günther et Albéric Rolin. M. Günther fait remarquer que la personne morale de la société est remplacée par une autre personne morale : celle de la masse (2). M. A. Rolin de son côté voit dans la masse « une espèce d'association forcée entre les créanciers, association que l'Etat crée et organise, qui ne résulte pas de leur libre initiative, véritable association d'utilité publique » (3). A ce titre elle doit être reconnue à l'étranger et sa reconnaissance entraînant celle des droits qui lui ont été accordés par la loi qui l'a créée, c'est-à-dire la loi du siège social a pour conséquence l'admission des effets extraterritoriaux de la loi de la faillite.

Enfin, de nombreux auteurs fondent l'universalité de la faillite sur le fait qu'elle affecte le statut personnel du failli (4). Ils font remarquer que les déchéances et les incapacités qu'entraîne la faillite modifient la capacité du débiteur. Elle doit donc être soumise à la loi qui régit l'état et la capacité, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une personne physique à sa loi nationale et lorsqu'il s'agit d'une société à la loi du siège social. D'autre part les lois d'état et de capacité étant extraterritoriales, leur extraterritorialité doit entraîner celle de la loi de la faillite dont les effets devront être reconnus de plein droit en dehors du pays du siège social.

217. — (2) GUNTHER, *Weiskes Staatslexicon Band.* IV, 1843, Artikel Gesetz p. 735.

217. — (3) Albéric ROLIN, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. XIV, p. 201.

217. — (4) Voir en ce sens : WEISS, *Traité*, t. VI, p. 231, *Annales de dr. comm.* 1888, p. 109 et s. ; BARD, *Précis de Droit International Privé*, n° 252, p. 234 ; P. POULLET, *Manuel de Droit International Privé Belge*, p. 583 et 584 et avec quelques variantes FRANKESTEIN, *Internationales Privatrecht*, 1926, t. I, p. 451.

Il serait vain de vouloir nier les avantages considérables que présente du point de vue pratique l'unité de compétence législative en matière de faillite des sociétés.

Elle est tout d'abord conforme à l'idée que nous nous sommes toujours efforcés de défendre, celle de l'unité du statut juridique de la société. C'est la loi du siège social qui a régi les principales opérations de la vie de la société qui sera compétente pour régir la faillite. On tiendra ainsi compte du fait que la société, quel que soit le pays sur le territoire duquel elle exerce son activité est un être moral unique qui doit être soumis à une seule loi.

D'autre part la compétence de la loi du siège social a pour conséquence d'opérer une simplification très nette. Il n'y aura en effet qu'une seule faillite, donc un seul syndic, une seule masse de créanciers dont les droits seront rigoureusement identiques puisqu'ils seront déterminés par une loi unique.

218. — Toutefois, il ne faut pas se dissimuler que la compétence générale de la loi du siège social se heurte à des difficultés si considérables qu'elles apparaissent pratiquement insurmontables.

En effet, comme l'ont très bien montré Thaller (1) et Pic (2), « il est matériellement impossible, même en admettant le principe de l'unité de la faillite, d'exiger en tout et pour tout l'abdication des lois de situation devant celles du domicile de la faillite ». La faillite présente le caractère, et c'est à notre avis son trait déterminant, d'un procédé d'exécution sur les biens. Conformément aux principes admis en matière de voies d'exécution, le jugement étranger déclaratif de faillite ne peut avoir en France autorité de la chose jugée que s'il est revêtu de l'exequatur. Or le juge de l'exequatur, s'il veut admettre la plénitude des effets de la loi étrangère doit nécessairement écarter la loi locale qui est normalement compétente, à titre de *Lex rei sitae* ou de *Lex Fori,* pour une foule de problèmes qui sont mis en jeu par la faillite, notamment tous ceux relatifs aux privilèges des créanciers et à la réalisation des biens. Les immeubles de la société situés en France font bien partie du patrimoine de la société, et dans cette mesure la loi du siège social peut invoquer une aptitude théorique à les régir, mais, considérés *ut singuli,* ils sont soumis à la *lex rei sitae* et il peut

218. — (1) THALLER, *Des faillites en Droit comparé,* t. II, p. 343 et s.

218. — (2) PIC, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé* (Clunet 1892, p. 592). M. Pic fait fort justement remarquer que seuls les actes d'exécution du syndic étranger nécessite l'exequatur du Tribunal Français, mais il insiste sur la difficulté d'établir une ligne de démarcation entre les actes de gestion et les actes d'exécution.

être dangereux pour la loi locale de renoncer à son empire sur des éléments de la propriété foncière, d'autant plus qu'elle se désintéresse par là même de la protection des créanciers nationaux.

La compétence extraterritoriale de la loi du siège social implique donc un abandon par l'Etat étranger d'une partie de ses prérogatives. Dans cette mesure elle se heurte à la souveraineté territoriale de l'Etat, qui constitue un obstacle insurmontable. Aussi est-ce seulement, au cas d'abdication librement consentie par l'Etat de sa souveraineté que l'universalité de la faillite peut jouer dans toute sa plénitude. C'est donc dans le droit conventionnel que l'on doit chercher les cas d'application de l'universalité de la faillite.

Le Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869 dispose dans son article 6, al. 1er : « La faillite d'un français ayant un établissement de commerce en Suisse pourra être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse et, réciproquement celle d'un Suisse, ayant un établissement de commerce en France pourra être prononcée par le Tribunal de la résidence en France ».

Ce traité consacre incontestablement le principe de l'universalité de la faillite puisque l'article 6, al. 2 accorde au syndic le droit de réclamer l'application de la faillite aux biens meubles et immeubles que le failli possèdera dans l'autre pays et l'article 6, al. 3 lui permet de poursuivre les débiteurs du failli dans l'autre pays et d'y réclamer toutes mesures de réalisation des biens (3).

La volonté concordante des Etats signataires écarte donc ici le principe de la territorialité. Il faut remarquer qu'elle dépasse même le principe de l'universalité de la faillite tel qu'il est habituellement formulé par les tenants de cette théorie. Ces derniers en effet restreignent la compétence extraterritoriale de la loi de la faillite aux faillites prononcées par le tribunal du domicile du failli, c'est-à-dire du siège social de la société, qui d'après eux est seul compétent pour déclarer la faillite. Or, le Traité Franco-Suisse attribue compétence également aux tribunaux de l'autre pays dans lequel la société possèdera un établissement secondaire et admet la compétence extraterritoriale de la loi du juge saisi (4).

La Convention Franco-Belge du 8 juillet 1899, admet moins largement l'application extraterritoriale de la loi de la faillite. Elle

218. — (3) En dépit des termes employés par le Traité Franco-Suisse qui parle d'un français ou d'un suisse ce traité diplomatique est incontestablement applicable aux sociétés. V. en ce sens : JACOT, *La faillite dans les rapports du droit international privé de la Suisse*, par. 58, p. 146 ; TRAVERS, *Le Droit commercial international*, t. VII, fasc. 1, n° 11.170, p. 168 ; Conseil Fédéral Suisse 20 janvier 1875 (D. 1875.2.169) ; Trib. Fed. Suisse 12 juillet 1889 (Le Droit 6 octobre 1889).

218. — (4) V. en ce sens : JACOT, *op. cit*, par. 62, p. 151 ; PILLET, *Conventions internationales relatives à la compétence judiciaire*, p. 200 ; TRAVERS, *Le Droit commercial international*, t. VII, fasc. 2, n° 11.703, p. 261.

s'applique à la fois aux commerçants, personnes physiques et aux sociétés commerciales. Ces dernières font l'objet d'une disposition spéciale : « Pour les sociétés commerciales françaises ou belges ayant leur siège social dans l'un de ces deux pays, le tribunal compétent pour prononcer la faillite est celui du siège social ».

L'universalité de la faillite est donc limitée aux faillites déclarées au lieu du siège social de la société. Pour les autres, l'application de la loi de la faillite conserve un caractère territorial (5).

C'est une solution analogue qui a été consacrée par le Traité Franco-Italien du 3 juin 1930. L'article 20, al. 2 dispose en effet : « Les juridictions de celui des deux Etats où est situé le siège social d'une société sont compétentes pour déclarer la faillite de cette société ». Il faut donc en déduire que seule la faillite prononcée au lieu du siège social, conformément à la loi de ce dernier est susceptible d'avoir un effet extraterritorial dans l'autre pays.

Indépendamment de ces traités bilatéraux des efforts ont été tentés pour une admission générale de l'universalité de la faillite.

Ce sont principalement le projet établi par la cinquième conférence de droit international privé et le Code Bustamante.

L'article 2, al. 1er du projet établi par la Ve conférence de droit international privé dispose : « Pour qu'une faillite déclarée dans l'un des Etats contractants produise ses effets dans l'autre, il faut qu'elle ait été déclarée par un tribunal du pays où se trouve le siège social statutaire établi sans fraude, ni fiction, s'il s'agit d'une société ou d'une association ». La solution est donc la même que dans la convention Franco-Belge : au point de vue de la compétence législative, la loi de la faillite ne produit d'effets extraterritoriaux que lorsque la loi de la faillite est celle de la société (6).

218. — (5) Pour les commerçants la faillite ne peut produire d'effet sur le territoire de l'autre pays que si elle a été prononcée par le tribunal du domicile. Cette disposition peut être la source de difficultés au cas de faillite des associés d'une société en nom collectif. En effet, d'après la loi belge, la faillite d'une société en nom n'entraîne pas de plein droit celle de ses membres. Toutefois, à la suite de la faillite de la société, il est possible que celle de certains associés en nom apparaisse inévitable. Dans ce sens il serait très souhaitable que cette faillite puisse être prononcée par le tribunal du siège social. Ainsi les deux faillites, celle de l'associé et celle de la société qui sont étroitement liées seraient soumise à une loi unique. Certains auteurs comme Pillet (Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire, p. 293) ont soutenu qu'il était conforme à l'esprit de la convention d'admettre une compétence unique lorsque la faillite de la société entraînait celle des associés. Toutefois, il remarque que le traité laisse dans l'ombre le point de savoir si ce tribunal unique doit être celui du siège social de la société ou celui du domicile de l'associé.

D'autres auteurs, come Travers (Le Droit Commercial International, t. VII, fasc. 1, n° 2. 208, p. 197) estiment que l'on doit s'en tenir aux termes du Traité et qu'en conséquence il faut dissocier la compétence.

Le système consacré par le Code Bustamante est un peu différent. Les articles 414 et 415 distinguent deux hypothèses. Si la société n'a qu'un domicile civil ou commercial il ne peut y avoir qu'une seule faillite déclarée au lieu du siège social. Si au contraire la société possède dans plusieurs des Etats contractants des établissements économiquement séparés, la faillite pourra être déclarée conformément à la loi locale devant le tribunal de chacun d'entre eux. Dans ce projet on assiste donc à l'admission à la fois de l'universalité de la faillite dans la première hypothèse et de la territorialité dans la seconde (7).

Dans ces divers traités ou projets la volonté concordante des Etats signataires a pu faire triompher le principe de l'universalité. Mais en dehors du droit conventionnel les Etats sont généralement fort peu enclins à accepter l'abdication d'une partie des prérogatives de leur souveraineté territoriale qu'implique la reconnaissance de l'universalité de la faillite. C'est pourquoi la majorité des Etats s'oriente vers le principe de la territorialité de la faillite qui compte également de nombreux partisans.

Section II

THÉORIE DE LA PLURALITÉ ET DE LA TERRITORIALITÉ DES FAILLITES

219. — D'après de nombreux auteurs, la faillite d'une société étrangère peut être déclarée dans tous les pays sur le territoire desquels la société possède une succursale ou même certains éléments de son patrimoine. Cette faillite serait soumise à la loi locale du juge saisi dont l'application serait purement territoriale.

218. — (6) Il faut noter dans le projet établi par la cinquième conférence de droit international privé les précisions qui sont apportées relativement aux caractères que doit présenter le siège social pour être pris en considération. Il doit être établi sans fraude ni fiction. Le projet pose les mêmes exigences que la jurisprudence française (Cf. notre 1re partie).

218. — (7) Article 414 : « Si la personne en déconfiture ou en faillite n'a qu'un domicile civil ou commercial il ne peut y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité ou de faillite, qu'une suspension de paiements ou qu'un concordat pour tout son actif et tout son passif dans les Etats contractants ». Article 415 : « Si une même personne ou société a, dans plus d'un Etat contractant divers établissements de commerce séparés économiquement, il peut y avoir autant de procédures de faillites qu'il y a d'établissement commerciaux. » Le code droit international privé et la sixième conférence de droit international privé par le Dr de Bustamante y Sirven trad. Goulé, p. 24).

Les effets de cette faillite seraient en conséquence limités à la seule fraction du patrimoine de la société située sur le territoire du pays dans lequel la faillite a été déclarée (1).

Les tenants de cette thèse font valoir à l'appui de cette affirmation un certain nombre de justifications qui, en même temps qu'elles constituent une argumentation positive renferment en elles-mêmes la réfutation des arguments présentés par les partisans de l'universalité de la faillite.

Ces justifications reposent sur la nature de la faillite, le droit pour les créanciers français d'invoquer le bénéfice de l'article 14 du Code Civil et enfin les nombreux avantages pratiques qui résultent de l'adoption de la territorialité qui garantit les droits des créanciers locaux, tout en apportant une simplification réelle, celle obtenue par le système de l'universalité de la faillite étant purement apparente.

C'est tout d'abord dans la nature même de la faillite que les partisans de ce système cherchent la justification de la territorialité de la loi applicable. Ils font remarquer que la faillite vise beaucoup moins la société elle-même que son patrimoine, et que dans ces conditions la compétence de la loi du siège social ne se justifie pas avec la même intensité que pour les autres incidents de la vie sociale.

La faillite, comme le fait remarquer Pillet (2) est la constatation, après non-paiement des dettes, de l'insolvabilité d'une société débitrice suivie de l'exécution sur les biens par voie de saisie de ces derniers, de vente, de distribution du prix en provenant entre les créanciers. Par l'objet sur lequel elle porte, la faillite se rattache au statut des biens qui est d'application purement territoriale, par la technique qu'elle revêt elle présente une nature analogue à celle des divers procédés de voies d'exécution qui sont soumis à la compétence de la loi de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent les biens qui en font l'objet. D'ailleurs l'exécution ne peut être efficace que dans les limites territoriales de la souveraineté de l'Etat qui l'ordonne.

La territorialité de la loi du juge saisi étant ainsi affirmée, la compétence législative apparaît nécessairement liée à la compétence juridictionnelle. Aussi la compétence de la loi française pour régir en France la faillite d'une société étrangère est-elle subordonnée à

219. — (1) V. en ce sens : PIC, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé* (Clunet 1892, p. 592) ; THALLER, *La faillite en droit comparé*, t. II, n° 227, p. 353 ; KOHLER (Annales de dr. com. 1886, p. 100) ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse*, t. I, n° 435, p. 265.

219. — (2) PILLET, *Des personnes morales en Droit International Privé*, n° 179, p. 267.

la possibilité pour les juridictions françaises de prononcer cette faillite. Or, nous avons vu sur ce point que l'article 438 du Code de Commerce semble réserver le droit de rendre le jugement déclaratif de faillite au tribunal du siège social.

Cependant les partisans de la pluralité des faillites font remarquer que cette disposition est de pur droit interne, les rédacteurs du code n'ayant eu en vue que la détermination de la compétence juridictionelle à l'intérieur du territoire français pour les faillites de sociétés françaises. D'ailleurs en droit international, il faut appliquer l'article 14 du Code Civil qui permet au français demandeur d'écarter la compétence normale du tribunal du domicile du défendeur et de porter le litige devant un tribunal français. La portée très générale de l'article 14 CC doit permettre de l'appliquer aux créanciers français d'une société étrangère et leur conférer le droit de demander à un tribunal français la mise en faillite de cette société.

Indépendamment des justifications théoriques tirées de la nature de la faillite et des principes généraux de la compétence juridictionnelle les partisans de la territorialité invoquent les avantages de l'application de la loi locale au point de vue de la protection des créanciers sociaux.

Certains auteurs font remarquer que, contrairement à ce que pensent les partisans de l'universalité de la faillite, les créanciers contractent avec la société en tenant compte moins du gage général que leur confère l'ensemble d'un patrimoine social disséminé dans plusieurs pays, que du gage spécial constitué par la fraction de ce patrimoine située dans le pays de la succursale, car ils savent que c'est lui qu'ils pourront le plus facilement atteindre (3).

Dans ces conditions admettre l'universalité de la faillite n'est-ce point pour un Etat sacrifier la protection des créanciers nationaux de sociétés étrangères en substituant à leur profit un droit théorique sur l'ensemble de l'actif social à un droit dont l'objet est certes plus restreint, mais dont l'exercice est incontestablement plus aisé ?

La compétence de la loi locale est d'autant plus intéressante pour les créanciers que le législateur peut prendre des mesures protectrices de leurs intérêts, en leur conférant un véritable privilège sur la masse locale des biens de la société étrangère. Nombreuses sont les législations qui s'orientent vers un semblable protectionnisme. Le Mexique, notamment qui vient de moderniser sa législation sur la faillite n'a pas hésité à prendre des mesures en ce sens. La loi du 31 décembre 1942 dispose que les succursales de sociétés étrangères au Mexique peuvent être déclarées en faillite par

219. — (3) V. en ce sens PIC, *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en droit international privé* (Clunet 1892, p. 563).

les tribunaux mexicains nonobstant la compétence éventuelle du juge étranger et accorde sur les biens situés au Mexique un droit de priorité aux créanciers locaux. Une telle mesure est incontestablement en contradiction avec le principe qui domine la faillite : celui de l'égalité la plus stricte qui doit régner entre tous les créanciers sociaux (4).

Mais elle se justifie par le désir légitime de protéger les créanciers nationaux contre les dangers que présente l'activité sur le territoire national des sociétés étrangères. Elle implique nécessairement la compétence territoriale de la loi locale. Il est d'ailleurs curieux de constater comment des problèmes de condition des étrangers, qui sont à priori totalement indépendants des principes généraux de conflits de lois viennent ici exercer une influence déterminante sur la solution du problème de compétence législative.

220. — C'est d'ailleurs la constatation de l'évolution récente des législations des différents pays en matière de faillite qui doit, à notre avis beaucoup plus que les justifications théoriques conduire à admettre le principe de la territorialité de la faillite. En présence de systèmes législatifs consacrant des solutions souvent divergentes, il apparaît impossible de reconnaître la compétence extraterritoriale d'une loi unique. Procédure d'exécution portant sur les biens, la faillite voit son efficacité liée au concours que lui apporte l'autorité locale. Or, ce concours ne peut s'exercer que dans les limites de l'Etat sur le territoire duquel la loi de la faillite exerce sa souveraineté.

Toutes les justifications que l'on peut apporter à l'appui de l'universalité de la faillite se heurtent à cet écueil insurmontable. C'est pourquoi, bien que l'universalité de la faillite apparaisse comme la solution la meilleure de *lege ferenda,* car elle a l'avantage de respecter l'unité de compétence législative que l'on doit s'efforcer de maintenir sur le statut juridique de la société, elle semble de *lege lata* d'une application si difficile qu'il est préférable de l'écarter et de consacrer le principe de la territorialité de la faillite.

Si l'on veut respecter la logique juridique, il est d'ailleurs nécessaire de faire un choix entre les deux systèmes qui apparaissent inconciliables. En effet, l'universalité de la faillite ne peut être dissociée du principe de l'unité. Si l'on désire conférer à la loi applicable une portée d'application extraterritoriale s'étendant à l'ensemble des Etats sur le territoire desquels la société possède des biens, il faut nécessairement que cette loi unique régisse une faillite

219. — (4) Diaro Official du 20 avril 1943. Cf. Rodriguez Rodriguez,, *Ley de Quiebras y suspension de pagos* (1943) ; Kurt. H. Nadelmann, *Le Droit international privé de la faillite* (Clunet 1940-45, p. 68).

unique prononcée par le tribunal du pays du siège social. Si au contraire on admet la territorialité de la faillite, on doit limiter le domaine de chaque faillite aux biens situés sur le territoire du pays du tribunal qui l'a prononcée. Admettre la solution contraire serait s'exposer à des difficultés sans nombre, car les différentes faillites se recouvriront partiellement les unes les autres (1).

C'est cependant sur une conciliation de ces deux systèmes que repose la conception jurisprudentielle française, conception qui est, à raison de la contradiction interne qu'elle renferme, difficilement justifiable sur le terrain de la logique juridique, mais qui s'explique beaucoup mieux si l'on tient compte des nécessités pratiques.

Section III

LE SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE

221. — La jurisprudence française consacre un système hybride s'inspirant à la fois de la territorialité et de l'universalité de la faillite.

Le principe du droit français demeure que le tribunal compétent pour prononcer la faillite est en principe celui du siège social de la société (1). La faillite d'une société ayant son siège social en France doit donc être prononcée par un tribunal français conformément à la loi française (2). Inversement, la jurisprudence française admet sous réserve d'exequatur l'extraterritorialité de la loi de la faillite étrangère lorsque cette loi est celle du siège social (3).

Ces diverses dispositions semblent constituer une affirmation du principe de l'universalité de la faillite. Mais, à d'autres points de vue la jurisprudence admet largement le principe de pluralité et de la territorialité.

220. — (1) Il convient de noter qu'un certain nombre de systèmes intermédiaires ont été soutenus. Calvo (Droit international privé, t. II, par. 907), Bonfils (Compétence n° 246), Demangeat sur Fœlix, n° 468) distinguent entre les différents effets de la faillite et reconnaissent une portée extraterritoriale uniquement à ceux qui relèvent du statut personnel. Ripert (Revue critique 1877, p. 716), Thomas (Etudes sur la faillite) admettent la territorialité de la faillite pour les immeubles et l'universalité pour les meubles en application de la règle « mobilia sequuntur personam ». C'est cette distinction qui est adoptée par la jurisprudence anglaise et par une partie de la doctrine. Cf. Foote, *Private International Law* 1925, p. 334 ; Westlake, *Private International Law* 1925, p. 166.

221. — (1) Cass. 18 avril 1932 (Gaz. Pal. 1932.2.145).

Cass. 28 avril 1932 (Gaz. Pal. 1932.2.145).

221. — (2) C'est la raison pour laquelle nos tribunaux refusent d'accorder l'exequatur au jugement étranger prononçant la faillite d'une société française.

221. — (3) Cass. 29 août 1826 (S. 1826.1.673) ; Cass. 26 juin 1905 (S. 1905.1.433, D. 1905.1.513 ; Clunet 1905, p. 1014) ; Trib. Seine (Clunet 1921, p. 532).

C'est ainsi que les tribunaux français peuvent, d'après la jurisprudence, prononcer la faillite conformément à la loi française d'une société étrangère possédant des succursales en France ou même y faisant simplement des opérations et y possédant des biens (4).

Quelles conséquences peut-on tirer au point de vue de la compétence législative du système adopté par la jurisprudence ?

Dans tous les cas la faillite est régie par la *lex fori*, mais l'étendue de ses effets au point de vue territorial est susceptible de varier suivant que la *lex fori* coïncide ou non avec la loi du siège social de la société.

Lorsque la faillite a été prononcée par le tribunal du pays du siège social, la loi de la faillite est à la fois *lex fori* et loi de la société. Dans ce cas, elle possède un effet extraterritorial (5), sous réserve de l'exequatur du juge étranger. On peut donc dire que, dans ce cas, la portée extraterritoriale de la loi de la faillite est liée, non à son caractère de *lex fori*, mais à celui de la loi de la société.

Si la faillite a été prononcée par le tribunal du pays de la succursale ou du lieu de situation de certains éléments du patrimoine social, la loi de la faillite sera également la *lex fori*. Mais, comme elle ne coïncidera pas avec la loi du siège social, la faillite verra son domaine d'application dans l'espace considérablement restreint. Ses effets seront purement territoriaux et elle ne portera que sur les biens de la société situés dans le pays sur le territoire duquel la faillite aura été déclarée. On pourrait donc dire, si une telle expression n'était impropre à raison du défaut de personnalité juridique de la succursale qu'il y a dans ce cas, moins faillite de la société que faillite de la succursale (6).

La détermination de la loi de la faillite est donc toujours liée à la compétence juridictionnelle, mais son domaine d'application est susceptible de varier suivant les cas. C'est l'étendue de ces variations que révèle l'étude du domaine de la loi de la faillite.

221. — (4) Paris 17 juillet 1877 (Clunet 1878, p. 271 ; S. 1880.2.195) ; Trib. com. Seine 15 janvier 1895 (Clunet 1896, p. 610, D. 1897.2.497) ; Trib. com. Seine 14 janvier 1914 (Clunet 1916, p. 1292) ; Trib. com. Seine 14 novembre 1927 (Gaz. Pal. 1927.2.835 ; Clunet 1928, p. 940 ; Journ. Soc. 1929, p. 580 ; Journ. trib. comm. 1929, p. 42). Cf. également Req. 12 novembre 1872 (D. 1874.1.168 ; Clunet 1874, p. 180) ; Paris 14 novembre 1889 (Ann. dr. comm. 1890.1.53) ; 23 novembre 1895 (D. 1897-2.497).

221. — (5) La jurisprudence française affirme que la faillite des sociétés françaises prononcée par le tribunal français du siège social englobe les succursales situées à l'étranger. Trib. Comm. Seine 2 février 1882 (Clunet 1885, p. 458 ; Trib. Comm. Seine 2 février 1882 (Clunet 1885, p. 458 ; Trib. Comm. Havre 17 juillet 1889 (Journal des faillites, t. IX, 1890, p. 172.

221. — (6) V. Cependant contra : Paris 23 décembre 1847 (S. 1848.2.355) qui a jugé que la faillite de la succursale en France comprenait l'établissement principal situé à Madrid.

CHAPITRE II

LE DOMAINE DE LA LOI DE LA FAILLITE

222. — L'affirmation de la compétence de principe de la *lex fori* ne saurait signifier que cette loi peut s'appliquer sans aucune exception à toutes les opérations de faillite et à tous ses effets. Des conflits peuvent surgir entre la *lex fori*, la loi de la société, la loi de la situation des biens, la loi du contrat dont la faillite entraîne l'annulation.

Il faut distinguer à ce sujet les différents conflits car ils se posent dans des hypothèses différentes.

Le conflit entre la *lex fori* et la loi de la société ne se posera évidemment que lorsque ces deux lois ne coïncideront pas, c'est-à-dire lorsque la faillite aura été prononcée par le tribunal de la succursale.

Le conflit entre la *lex fori* et la loi du lieu de situation des biens se posera au contraire toujours au cas de faillite prononcée par le tribunal du siège social, car la faillite locale n'englobant que les éléments du patrimoine social situés dans le pays du lieu de prononciation de la faillite, la *lex fori* coïncidera nécessairement avec la *lex rei sitae*.

Quant au conflit avec la *lex fori* et la loi du contrat qui nait du fait que la faillite entraîne l'annulation de certains actes conclus pendant la période suspecte, il pourra se poser au cas de faillite générale et spéciale, car, la loi du contrat peut toujours différer de la *lex fori* par suite de l'autonomie admise en matière contractuelle.

La divergence des hypothèses dans lesquelles se posent ces différents conflits, jointe au particularisme que réclame leur solution respective justifient donc leur étude séparée.

SECTION I

CONFLITS ENTRE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ ET LA *LEX FORI*

223. — Une fois la compétence établie et attribuée au tribunal étranger de la succursale le principe est que c'est la loi du tribunal saisi qui est compétente pour régir l'ensemble de la faillite. De prime

abord sa compétence générale ne semble soulever aucune difficulté à raison du caractère territorial de la faillite locale ainsi prononcée.

Toutefois, il faut tenir compte du fait que le débiteur est une personne morale dont le statut jurdique est soumis à une loi étrangère. Cette considération est de nature à tempérer parfois l'application exclusive de la *lex fori* quant aux conditions auxquelles est soumise la prononciation de la faillite, aux modes de saisine du tribunal français, à la possibilité pour la société étrangère de réclamer le bénéfice de la liquidation judiciaire, aux droits de obligataires et enfin à certains effets de la faillite qui sont susceptibles d'avoir des répercussions graves sur la vie de la société.

A. — *Conflits entre la lex fori et la loi de la société relativement aux conditions de la faillite*

Il est incontestable qu'en cette matière c'est à la *lex fori* qu'il appartient de dicter souverainement les conditions de la faillite. Il convient toutefois de noter les conséquences curieuses auxquelles conduit l'application de la *lex fori* en ce domaine. Certaines sociétés qui auraient pu être déclarées en failite dans leur pays d'origine ne pourront pas l'être en France. Au contraire leur faillite pourra être prononcée en France en application de la *lex fori* dans des hypothèses dans lesquelles elle ne pourrait pas l'être dans leurs pays.

1°) Impossibilité de déclarer en France la faillite de sociétés étrangères alors que la loi du siège l'autorise

C'est le cas de sociétés civiles étrangères. En France, en effet, la faillite est exclusivement réservée aux commerçants. Au contraire de nombreux pays étrangers comme l'Angleterre, l'Allemagne, les Etats-Unis, le Canada et l'ensemble des pays Scandinaves admettent la faillite civile (1).

223. — (1) Angleterre : article 1 de la loi du 10 août 1914 ; Allemagne : article 1 de la loi du 17 mai 1898 ; Etats-Unis : article 4 de la loi du 1er juillet 1898 mod. par lois du 5 février 1903 et du 25 juin 1910 ; Canada : article 2 de la loi du 7 juillet 1929 ; Norvège : Loi du 6 juin 1863, article 1 (Lois commerciales de l'univers, p. 5 et 150) ; Suède : loi du 13 mai 1921 (Ann. de législations étrangères, lois de 1921, p. 159).

Il faut d'ailleurs remarquer que les tribunaux emploient à tort l'expression d'ordre public, lorsqu'il s'agit de prononcer une faillite en France puisque dans leur esprit la loi française est normalement compétente à titre de *lex fori*. C'est en réalité pour refuser l'exequatur en France à un jugement étranger prononçant la faillite d'une société civile étrangère que le tribunal français pourra faire jouer l'exception d'ordre public, car cela lui permettra d'écarter l'effet extraterritorial de la loi étrangère nomalement compétente.

Les sociétés civiles ressortissant à ces différents pays ne pourront jamais être déclarées en faillite en France, car la compétence de la *lex fori* s'impose ici, d'autant plus que la jurisprudence française considère la prohibition de la faillite civile comme un principe d'ordre public.

Cette solution est, à notre avis infiniment regrettable. En effet, l'admission de la faillite civile entraîne des avantages considérables, car elle assure une égalité entre les différents créanciers qu'ignore la déconfiture. D'un point de vue pratique, la protection des créanciers commanderait d'atténuer les rigueurs de la prohibition de la faillite civile en admettant la faillite en France des sociétés civiles étrangères lorsque la loi qui régit leur statut juridique l'autorise. On arriverait ainsi à protéger au maximum les créanciers nationaux en prenant comme base de la faillite celle des deux lois qui l'admet le plus largement. Malheureusement une telle solution est incompatible avec la rigueur du principe énoncé par la jurisprudence française.

224. — La solution du conflit entre la *lex fori* et la loi de la société est beaucoup plus délicate lorsque la divergence qui oppose porte non plus sur le principe même de l'admission de la faillite civile, mais sur la qualification civile ou commerciale de la société étrangère. En effet il se peut qu'une société soit considérée par la loi du siège social comme une société commerciale et par la *lex fori* comme une société civile ou vice-versa. La possibilité de la déclarer en faillite en France est alors subordonnée à la solution du conflit de qualifications. La qualification de l'entreprise doit-elle être donnée par la *lex fori* ou par la loi de la société ?

La détermination du caractère civil ou commercial de la société revêt l'aspect d'un problème de qualications. C'est pourquoi de nombreux auteurs, lui appliquant les principes généraux du droit international privé en matière de qualifications la soumettent à la *lex fori*. Mais en matière de faillite il est douteux à notre avis, que la détermination de la nature civile ou commerciale de la faillite constitue une véritable qualification de droit international ; celle-ci est préalable à la détermination de la loi applicable qui en dépend. Or ici il n'y a rien de tel. Quelle que soit la qualification donnée, la loi applicable sera toujours celle du juge saisi puisqu'en matière de déconfiture, la règle de conflit se prononce en faveur de la compétence de la loi de la situation des biens. La loi applicable sera donc en tout état de cause la loi française. Seule la nature des mesures prises variera. Si l'on est en présence d'une société commerciale, le tribunal français prononcera la faillite, si la société est civile, il devra se contenter de pourvoir d'un liquidateur la société en déconfiture.

Dans ces conditions il pourrait paraître normal de prétendre comme certains auteurs que la compétence de la *lex fori* comme solution du conflit de qualification ne s'impose pas et qu'il est plus rationnel de déterminer le caractère civil ou commercial de la société étrangère en fonction de la loi qui régit son statut juridique, c'est-à-dire de la loi du siège social. Si la loi de la société lui donnait la qualification de société commerciale, le tribunal français devrait prononcer la faillite, nonobstant la qualification contraire de la loi française (1).

Cependant, il semble difficile de résoudre le conflit de qualifications sans tenir compte de celui qui se pose au juge français, lorsqu'il a à prononcer l' *exequatur* d'un jugement déclaratif de faillite émanant du tribunal étranger du siège social. Dans ce cas, la qualification de société civile conduit nécessairement le juge à refuser l'*exequatur* en se fondant sur l'ordre public et à écarter l'effet extraterritorial de la loi étrangère du siège social. Elle aura pour conséquence probable quoiqu'indirecte la prononciation de la déconfiture de la société pour les biens situés en France, déconfiture qui, elle, sera soumise à la loi française. Dans ces conditions, on se trouvera bien en présence d'une véritable qualification de droit international privé quoiqu'elle joue dans une hypothèse un peu particulière. C'est pourquoi le juge français donne la qualification en fonction de la *lex fori* et refuse l'*exequatur* au jugement déclaratif de faillite d'une socété civile d'après la loi française, bien que le juge étranger lui ait donné la qualification commerciale.

L'application des principes traditionnellement admis en matière de qualification conduit donc à donner une solution différente au conflit de qualifications dans deux hypothèses très voisines. L'opposition que met en lumière leur juxtaposition fait apparaître le résultat paradoxal auquel on aboutit en consacrant ce système. N'est-il pas choquant en effet d'admettre la compétence de la loi du siège social qui se confond du reste avec la *lex fori* dans l'hypothèse où le juge français prononce lui-même une faillite française et de revenir au contraire à la compétence de la *lex fori* en dehors de toute concordance avec la loi de la société dans celle où le juge statuant sur l'admission des effets extraterritoriaux d'une faillite étrangère se borne en somme à apprécier la qualication déjà donnée par le juge étranger qui a prononcé la faillite ?

C'est pour éviter un semblable paradoxe qu'il faut à notre avis admettre, dans tous les cas la compétence de la *lex fori*, bien que la

224. — (1) V. en faveur de la compétence de la *lex fori* : VALENSI, *Répertoire de Droit International de Lapradelle et Niboyet*, t. VIII, V° *Faillite*, n° 397, p. 341 ; en faveur de la loi de la Société : PILLET, *Les Personnes morales en Droit International Privé*, n° 182, p. 271-272.

nature même de la qualification au cas de prononciation en France de la faillite d'une société étrangère ne la dicte pas de façon impérative.

L'empire de la *lex fori* s'exerce donc ici de façon absolue. Il peut d'ailleurs produire des conséquences inverses en permettant au juge français de prononcer la faillite de sociétés étrangères dans des hypothèses où elles n'auraient pas pu être mises en faillite d'après la loi du siège social.

2°) Possibilité de déclarer en France la faillite de sociétés étrangères alors que la loi du siège social ne l'admet pas

225. — On pourrait se demander si l'application de la *lex fori* ne devrait pas trouver une limite dans les dispositions de la loi régissant le statut juridique de la société lorsque cette dernière n'admet as la possibilité de prononcer la faillite. En effet. la faillite ayant pour conséquence d'entraîner le dessaisissement du débiteur failli et dans certaines législations la dissolution de la société, il pourrait paraître normal de consulter la loi de la société, à raison des conséquences graves de la faillite dans les hypothèses où elle ne l'admet pas. Cependant, ce n'est pas la solution à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence française qui consacre au contraire la compétence exclusive de la *lex fori* nonobstant toute disposition différente de la loi du siège social. En faveur de ce système rigide, elle invoque deux arguments dont la valeur n'est pas négligeable : le fait que la faillite n'intéresse pas seulement la société, mais aussi les créanciers nationaux qu'il importe de protéger, le fait qu'à raison de la portée limitée de la faillite d'une société étrangère, les conséquences du dessaisissement sont moins désastreuses pour elle qu'on pourrait le craindre. Le cas peut se présenter en pratique pour certaines sociétés du droit anglo-saxon, pour les sociétés suisses d'assurances, enfin pour les sociétés américaines, norvégiennes ou danoises en état de cessation des paiements, mais non d'insolvabilité.

C'est ainsi tout d'abord que le droit anglais n'admet pas la faillite des corporations, des partnerships, des associations et des compagnies enregistrées conformément à la loi de 1908. Ces différentes sociétés peuvent seulement être mises en liquidation par la Cour, c'est le « winding up by court » (1).

La jurisprudence française admet néanmoins la possibilité de prononcer en France la faillite de ces sociétés. Considérant qu'une

225. — (1) Loi anglaise du 10 août 1914 ; cf. M. Travers, *Le Droit Commercial international*, t. VII, fasc. 1. n° 11.258, p. 222.

semblable liquidation ne saurait présenter les garanties d'une véritable faillite, elle reconnaît le droit aux créanciers de demander la faillite, conformément à la loi française, alors même que le « winding up by court » a été déclaré en Angleterre.

Le droit suisse a pris également des mesures empreintes d'un très grand particularisme relativement aux sociétés d'assurances. L'intention du législateur a été, fait remarquer M. Travers, de faire payer les créances des assurés suisses par la réalisation du gage sur le produit du cautionnement et de prévenir, autant que possible, la faillite des compagnies d'assurances (2). La loi suisse a conféré dans ce but au Conseil Fédéral le droit de prendre diverses mesures dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers suisses. La jurisprudence française n'a pas à tenir compte de ces mesures qui, conformément au principe de la territorialité de la loi applicable, s'appliquent non à toutes les sociétés suisses, mais à toutes les tentatives entreprises pour faire déclarer en Suisse la faillite de sociétés d'assurances, quelles soient suisses ou étrangères. Le tribunal fédéral suisse a d'ailleurs admis lui-même l'application territoriale de cette disposition puisqu'il a refusé de déclarer la faillite d'une société d'assurance étrangère qui était demandée par un assuré suisse (3).

Enfin, il faut remarquer que les sociétés américaines, norvégiennes et danoises ne peuvent être déclarées en faillite dans leur pays que si elles sont en état d'insolvabilité. La loi française se fonde au contraire pour déclarer la faillite sur le critère de la cessation des paiements. Là encore c'est la *lex fori* qu'il faut appliquer exclusivement, car elle est seule susceptible d'assurer une protection efficace des créanciers nationaux. L'expérience montre en effet que lorsqu'on attend l'insolvabilité du débiteur pour déclarer la faillite, il est trop tard pour que les créanciers puissent toucher un dividende qui représente une fraction relativement élevée de leur créance.

Sur ces divers points, on peut donc dire que la compétence de la *lex fori*, abstraction faite de la détermination de la nature civile ou commerciale de la société qui pose un problème de qualifications dont la solution est discutable, ne peut être sérieusement contestée (4). Il en est de même lorsque l'on étudie les modes de saisine du tribunal.

225. — (2) Travers, *op. cit.* n° 11259, p. 223.

225. — (3) Trib. Féd. Suisse 10 octobe 1922 (Bulletin de l'Institut intermédiaire international 1923, n° 2547, p. 108. Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral, t. XLVIII, 1922.3.149).

225. — (4) De même c'est à la loi du juge saisi qu'il appartient de décider si la déclaration de faillite doit ou non être précédée d'une tentative de solution amiable, ce qui est notamment la conception de la loi anglaise du 10 août 1914, art. 18. C'est ce qu'à décidé en 1892 la Cour d'Athènes (Clunet 1893,

B — *Les modes de saisine du tribunal*

226. — En cette matière la compétence de la *lex fori* s'impose sans contestation possible. En effet la territorialité de la loi applicable se double ici d'un second argument du fait que les modes de saisine du tribunal constituent une question de procédure qui, en tant que telle doit être nécessairement soumise à la *lex fori*. On concevrait mal qu'un tribunal se réfère à une loi étrangère pour déterminer le mode de saisine.

Cette compétence de principe de la *lex fori* ne saurait cependant signifier que tous les modes de saisine pourront être employés sans difficultés pour la faillite. En effet, il faudra tenir compte du fait que la société en faillite est une société étrangère. L'application de l'ensemble des procédés de saisine prévus par la *lex fori* subira une limitation résultant non pas de l'application concurrente de la loi de la société, mais du fait que certaines de ses propres dispositions prévues pour la faillite des sociétés françaises sont inapplicables aux sociétés étrangères à raison des règles de compétence juridictionnelle. Bien qu'il n'y ait pas là un conflit de lois direct entre la *lex fori* et la loi de la société, puisque c'est en elle-même que la *lex fori* rencontre des obstacles à son application, il importe de signaler néanmoins les particularités qui en découlent, car c'est le caractère étranger de la société qui s'opposera à l'application sans restriction des modes de saisine prévus par la *lex fori*.

En droit français, la faillite peut être déclarée soit d'office, soit à la demande des créanciers. Elle peut encore résulter d'une déclaration faite par les commerçants ou la société dans les quinze jours de la cessation des paiements au Greffe du Tribunal de Commerce de son domicile (art. 438 du Code de Commerce), cette déclaration devant être accompagnée du dépôt du bilan (art. 439 du Code de Commerce).

L'application des deux premiers procédés ne soulève guère de difficultés. Il est certain que la compétence de la *lex fori* permettra la déclaration d'office de la faillite alors même que la loi de la société ne l'admettrait point ce qui est le cas pour les sociétés américaines, la loi des Etats-Uunis du 1er juillet 1898, art. 18 ne connaissant pas la déclaration d'office (1).

p. 234, sommaire) « De ce qu'en Belgique, on ne procède à la déclaration de faillite qu'après un essai de concordat préliminaire, il ne s'ensuit pas qu'on doive procéder en Grèce, pour la déclaration de faillite d'une société belge à ce même préliminaire de concordat. »

226. — (1) Le système de la déclaration d'office est également inconnu en Argentine (Loi du 27 septembre 1933, art. 52) et dans les principaux Etats sud-américains ainsi qu'au Canada (Loi du 7 juillet 1919, art. 4 et s.) Cer-

Par contre l'exercice par les sociétés étrangères du troisième procédé prévu par la loi française est d'une réalisation beaucoup plus délicate.

La difficulté ne provient pas, comme on l'a parfois prétendu du fait que la déclaration au greffe et le dépôt du bilan constitueraient un droit civil appartenant aux seules sociétés françaises. En effet il faut y voir beaucoup moins un droit qu'une obligation légale assortie de sanctions pénales et dont le bénéfice, à raison de sa nature ne saurait constituer un privilège réservé aux seuls débiteurs français (2).

Le principe même de l'extension aux sociétés étrangères de l'obligation du dépôt du bilan peut donc être admis sans difficultés, mais son application se heurte aux règles de compétence juridictionnelle.

En effet l'article 438 du Code de Commerce dispose que la déclaration doit être faite au Greffe du Tribunal de Commerce de l'établissement principal. Or, cet établissement principal est nécessairement situé à l'étranger puisqu'il coïncide avec le siège social de la société..

C'est la raison pour laquelle certains auteurs admettent que les dispositions des articles 438 et 439 du Code de Commerce, manifestement édictées en vue des débiteurs français ou étrangers domiciliés en France, sont inapplicables aux sociétés étrangères dont la faillite ne pourrait être déclarée en France que d'office ou à la requête des créanciers sociaux (3).

Il font remarquer en outre que la compétence du tribunal français s'il était saisi par la société étrangère ne reposerait sur aucun titre de justification. En effet la déclaration d'une faillite française se fonde sur l'art. 14 du Code Civil qui permet au demandeur français de porter ses litiges devant le tribunal français et lui permet ainsi d'écarter la règle *Actor sequitur forum rei*. Mais le bénéfice de l'article 14 du Code Civil étant un droit civil réservé aux seuls français, on voit mal à quel titre la société étrangère pourrait invoquer la compétence du tribunal français, d'autant plus que lui en reconnaître la possibilité risquerait de léser les intérêts des créanciers français, car ils ne sont nullement obligés de se

taines législations affirment la compétence de la *lex fori* pour décider s'il y a lieu à déclaration d'office. C'est le cas de la loi hongroise du 30 mai 1881 qui admet la déclaration d'office dans certaines hypothèses déterminées, dont celle où il s'agit du patrimoine d'une société par actions étrangère.

226. — (2) Cf. Cass. Req. 24 novembre 1857 (D.P. 1858.1.85) qui, se fondant sur le caractère d'obligation légale du dépôt de bilan considère la disposition des art. 438 et 439 C. de Com. comme une loi d'ordre public obligeant tous ceux qui habitent sur le territoire français. En conséquence elle a étendu l'obligation du dépôt de bilan à un commerçant étranger domicilié en France.

226. — (3) V. en ce sens Pic (Clunet 1892, p. 599).

prévaloir de l'article 14 du Code Civil. Ils peuvent préférer porter la faillite devant le tribunal étranger du siège social s'ils jugent qu'une telle demande est plus conforme à leurs intérêts. Dans ces conditions, permettre à la société étrangère de saisir le tribunal français serait en quelque sorte leur forcer la main et leur retirer le bénéfice de l'option qui leur est accordée. C'est la raison pour laquelle il est à notre avis, impossible de reconnaître à la société étrangère le droit de déposer son bilan au Greffe d'un tribunal français et de prendre par là-même l'initiative de provoquer une faillite française.

La *lex fori* trouve donc en elle-même et dans l'intérêt des créanciers nationaux un obstacle à l'application générale de toutes ses dispositions. C'est à un écueil analogue qu'elle se heurte lorsqu'il s'agit d'accorder à une société étrangère le bénéfice de la liquidation judiciaire.

C — *La liquidation judiciaire*

227. — Le bénéfice de la liquidation judiciaire a pour conséquence de faire au débiteur failli une situation meilleure en lui permettant notamment d'échapper aux déchéances de la faillite. Elle affecte donc la situation de la société étrangère et l'on pourrait penser pour cette raison qu'il appartient à la loi de la société de décider si cette dernière peut ou non en bénéficier. Toutefois, une semblable solution, outre qu'elle se heurterait au principe de territorialité de la loi de la faillite et à la compétence de la *lex fori,* risquerait de ne prendre en considération que l'un des aspects du problème. En effet il ne faut pas oublier que la liquidation judiciaire tend à éviter le dessaisissement et à conserver au liquidé judiciaire la gestion de son patrimoine. En dépit du contrôle qui s'exerce sur cette gestion, il est certain qu'elle offre pour les créanciers moins de garanties que celles du syndic. C'est pourquoi, d'après la loi française, le bénéfice de la liquidation judiciaire est réservé aux seuls débiteurs en qui on peut avoir confiance parce qu'ils ont fait spontanément l'aveu de leur situation et qu'aucune cause d'indignité ne peut être relevée contre eux. Appliquer une loi étrangère plus libérale supprimerait les garanties accordées aux créanciers par la loi française et risquerait de léser leurs intérêts qui doivent en l'occurence primer ceux du débiteur.

Pour ces différentes raisons l'application de la *lex fori* ne saurait être sérieusement contestée. C'est donc à la loi française qu'il appartient de décider si une société étrangère peut ou non être déclarée en France en état de liquidation judiciaire.

De prime abord, il semble que si la société étrangère remplit les conditions posées par la *lex fori*, il n'y a aucune raison de lui en refuser le bénéfice. Le droit de demander la liquidation judiciaire ne saurait en effet être considéré comme un droit civil réservé aux seuls français. Cependant il est extrêmement douteux à raison des règles posées pour la compétence juridictionnelle qu'une société étrangère puisse solliciter d'un tribunal français le bénéfice de la liquidation judiciaire.

En effet il semble que le législateur de 1899 ait entendu réserver le régime de faveur qu'il instituait, sinon aux seuls débiteurs français, tout au moins aux débiteurs de bonne foi domiciliés en France. Or si, pour les commerçants, personnes physiques, la nationalité peut être dissociée du domicile, il n'en est pas de même pour les sociétés. Si la société a en France son « principal établissement » (1) elle doit être considérée comme étant de statut juridique français. C'est d'ailleurs ce raisonnement qui a été tenu par la Cour de Paris dans son arrêt du 23 novembre 1895, arrêt dans lequel elle a dénié à une société étrangère le droit de demander la liquidation judiciaire devant les tribunaux français (2).

Il semble qu'effectivement, étant données les règles relatives à la compétence judiciaire, cette solution s'impose et que l'on doive refuser aux sociétés étrangères possédant en France une simple succursale le droit de demander le bénéfice de la liquidation judiciaire, bien qu'il ne constitue pas un droit civil *stricto sensu*.

Cette question ne constituait pas un véritable problème de conflit de lois. En effet la compétence de principe de la *lex fori* ne soulevait pas de grandes difficultés. Nous n'avons pas cru cependant devoir la passer complètement sous silence, car il était nécessaire d'expliquer la raison pour laquelle aucun développement n'est consacré à la liquidation judiciaire de sociétés étrangères en France. D'autre part il était intéressant de noter comment la *lex fori* en dépit de sa compétence exclusive devait se plier à une certaine adaptation, à raison du caractère étranger de la société à laquelle elle s'applique.

227. — (1) Le législateur de 1889 a cependant accordé le bénéfice de la liquidation judiciaire à certaines sociétés n'ayant pas leur siège social en France. L'art. 3 de la loi du 4 mars 1889 dispose en effet qu'à défaut de siège social en France le dépôt de la requête doit s'effectuer au greffe du tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement. On voit assez mal quel a été le dessein du législateur,, car on conçoit difficilement que le principal établissement puisse être dissocié du siège social. Aussi cette disposition n'a-t-elle pû jouer que dans des hypothèses très spéciales comme celle des sociétés russes (Paris 22 juillet 1929. Revue de Droit International 1930, p. 108).

227. — (2) Paris 23 novembre 1895 (D. 1897.2.497, note Pic). Cf. également Pic (Clunet 1892, p. 599).

Lorsque l'on se tourne vers le dessaisissement, on se trouve au contraire en présence d'un véritable conflit entre la *lex fori* et la loi de la société. La compétence de la *lex fori* n'apparaît pas en cette matière aussi indiscutable, car, à raison de la nature de cette institution la loi qui régit le statut juridique de la société peut invoquer une aptitude théorique à la régir (3).

D — *Les conflits de lois relatifs au dessaisissement*

228. — Le dessaisissement est une des conséquences principales de la faillite. Il est commandé par l'intérêt des créanciers sociaux qui pendant toute la durée de la faillite doivent être assurés que ce qui reste du patrimoine social sera bien géré par une personne présentant des garanties de compétence que la gestion désastreuse du failli n'a pas révélées chez lui.

Etant une des pièces maîtresses de la faillite le dessaisissement se rencontre dans toutes les législations et l'on pourrait croire qu'à raison de la communauté existant en ce domaine entre les divers systèmes juridiques, la détermination de la loi compétente est dépourvue d'intérêt. Il n'en est rien, car si le principe du dessaisissement est à peu près unanimement admis, ses modalités et son étendue sont susceptibles de varier suivant les législations. Toutes admettent que le dessaisissement doit porter sur les biens composant le patrimoine du failli au jour de l'ouverture de la faillite, mais alors que certaines étendent le dessaisissement aux biens entrés dans le patrimoine à une date ultérieure, d'autres comme la législation allemande estiment que le failli conserve l'administration de ses biens à venir (1).

227. — (3) Il ne sera pas traité des différentes questions relatives à la procédure même de la faillite. La solution de la compétence législative ne soulève pas de difficultés sur ce point, la compétence de la *lex fori* s'imposant sans discussion possible. V. sur ce point : Trib. consulaire de France à Tien-Tsin 4 octobre 1920 (Clunet 1923, p. 448) qui a posé comme principe général que les questions concernant la procédure de la faillite d'une société étrangère sont régies par la *lex fori*.

228. — (1) La possibilité d'inclure dans la masse les biens survenus au failli après l'ouverture de la faillite est admise par la majorité des législations étrangères. La loi anglaise du 10 août 1914 dispose notamment que l'actif du failli partageable entre ses créanciers doit comprendre tous les biens appartenant au failli au commencement de la faillite ou qui peuvent lui être dévolus ou qu'il peut acquérir avant sa discharge. La même solution est consacrée par les droits norvégien, argentin (loi du 27 septembre 1933), péruvien (loi du 2 août 1932, art. 53). A peu près seul le droit allemand limite le dessaisissement aux biens possédés par le failli au jour de l'ouverture de la faillite ; cf. FITTING, *Das Reichs-Konkursrecht*, par V, 3 cité par REMBERT et BRUSTLEIN, *Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes*, sur l'article 19, n° 5, p. 258.

A raison de ces divergences la solution de la compétence législative est évidemment du plus haut intérêt. Or sur ce point des contestations très vives se sont élevées, contestations qui avaient leur source dans la conception différente que les auteurs avaient de la nature du dessaisissement.

Certains auteurs et la jurisprudence de certains pays (2) voient dans le dessaisissement une véritable incapacité qui frappe le débiteur failli. Dans ces conditions ils considèrent que seule la loi qui régit la capacité du commerçant ou de la société dont la faillite a été prononcée est apte à la modifier en vertu du principe que seule la loi qui a conféré un droit a compétence pour le retirer. C'est donc la loi de la société, c'est-à-dire la loi étrangère du siège social qui doit régir le dessaisissement.

Telle n'est pas la conception de la jurisprudence française qui analyse le dessaisissement en un simple transfert du droit d'administration. C'est ce qu'à décidé la Cour de Cassation, le 12 Janvier 1875 dans l'affaire Lethbridge c/ Cie London Brighton (3).

Cette conception du dessaisissement conduit la jurisprudence française à le soumettre au cas de faillite déclarée en France à la *lex fori*.

Cette solution est parfaitement rationnelle. En effet le dessaisissement a pour effet de retirer au failli l'administration de ses biens afin de donner aux créanciers sociaux des garanties suffisantes de bonne gestion et d'assurer la conservation des biens du débiteur qui constituent le gage qu'ils se répartiront ultérieurement au marc le franc. Dans ces conditions il serait arbitraire de le dissocier en le soumettant à une loi différente de celle qui la régit.

On ne saurait invoquer en faveur de la compétence de la loi de la société la protection du débiteur failli à raison du danger du dessaisissement. En effet, on se trouve en présence d'une simple privation de ses droits d'administration qui n'affecte que les biens que le failli possède en France. Dans ces conditons les conséquences graves qu'il peut avoir pour la société débitrice se trouvent restreintes à raison de sa portée limitée et ne justifient pas l'application de la loi personnelle du débiteur à titre de protection. D'ailleurs en tout état de cause l'intérêt du débiteur doit passer après celui des créanciers sociaux qui stipule l'application de la *lex fori*. (4 et 5)

228. — (2) Cette conception remporte son plus grand succès en droit belge.

228. — (3) S. 1875.1.124; Clunet 1876, p. 102.

228. — (4) V. en faveur de l'application au dessaisissement de la *lex fori* : PILLET, *Traité*, t. II ,n° 893 ; TRAVERS, *Le droit commercial international*, t. VII, fasc. I, n° II. 321, p. 283.

228. — (5) D'autres théories ont été soutenues sur la nature du dessaisissement. C'est ainsi que le droit anglais et canadien considère le dessaisisse-

Dans les différentes matières de la faillite qui viennent d'être étudiées, le triomphe de la *lex fori* a été total, sa compétence se fondant sur le caractère purement territorial de la faillite prononcée en dehors du pays du siège social et sur la nécessité de protéger les créanciers nationaux.

C'est donc la conjonction de ces deux considérations qui a dicté la compétence exclusive de la *lex fori*. Aussi lorsque l'une d'entre elles disparaît, lorsque notamment l'intérêt des créanciers sociaux n'est pas directement en jeu, on peut, semble-t-il revenir à la compétence de la loi de la société. C'est ce que révèle l'étude des droits des obligataires et de certains effets de la faillite qui exercent une incidence grave sur la vie même de la société.

E. — *Les conflits de lois relatifs aux droits des obligataires dans la faillite*

229. — La détermination de la loi applicable aux droits des obligataires dans la faillite est délicate par suite du caractère complexe du droit de l'obligataire. On s'accorde en effet à reconnaître que l'obligataire possède un véritable droit de créance. Dans ces conditions il pourrait sembler normal de lui étendre la solution adoptée pour les créanciers sociaux et de lui permettre de produire à la faillite dans les limites fixées par la *lex fori*. Mais les obligataires ne sauraient être considérés comme des créanciers ordinaires. Ils occupent en réalité une situation intermédiaire entre celle des créanciers sociaux et celle des associés. En souscrivant leur obligation, ils se sont soumis à la loi de la société pour tous leurs rapports futurs avec elle. N'est-il pas logique dans ces conditions de réserver à la loi du siège social le droit de déterminer les limites dans lesquelles ils pourront produire à la faillite, tout au moins à défaut de convention contraire ?

ment comme un transfert de propriété des biens du failli à la masse des créanciers, le droit allemand le rattache à l'idée de constitution d'un droit réel au profit de la masse des créanciers. Ces diverses conceptions doivent conduire à soumettre le dessaisissement à la *lex rei sitæ*, puisqu'il affecte la propriété des biens. Il convient de remarquer d'ailleurs qu'au cas de faillite locale, elles n'apportent en pratique aucune solution nouvelle de la compétence législative, puisque la faillite locale étant restreinte aux biens de la société situés sur le territoire du pays dans lequel la faillite a été prononcée, la *lex rei sitæ* coïncidera nécessairement avec la *lex fori*. L'intérêt pratique de ces conceptions apparaît au contraire au cas de faillite déclarée au tribunal du siège social, car alors la faillite englobera tous les biens de la société quel que soit le pays de situation. On voit apparaître dans ce cas les inconvénients de l'application de la *lex rei sitæ*, car le régime du dessaisissement se trouvera fractionné, ce qui aura pour effet de détruire l'universalité et l'unité de la faillite qui sont admises dans ces hypothèses.

Or, sur ce point les diverses législations ne consacrent pas des solutions identiques. Certains droits, comme le droit italien ne les autorisent à produire à la faillite que pour le taux d'émission. D'autres, comme le droit français, adoptent un système assez compliqué, et les autorisent à produire pour un taux susceptible de varier suivant les espèces, mais toujours compris entre le taux d'émission et le taux de remboursement.

Sur ce point il semble rationnel d'admettre la compétence de la loi de la société. En effet, les obligataires se sont soumis à cette loi. Si elle est plus désavantageuse pour eux que la loi locale, ils ne sauraient donc être fondés à s'en plaindre. D'autre part, même si elle est plus avantageuse, les intérêts des autres créanciers sociaux ne sauraient s'en trouver gravement compromis.

Nous voyons donc en cette matière réapparaître la loi de la société. Elle possède également une aptitude à régir certains des effets de la faillite, tandis que d'autres doivent être soumis à la *lex fori*. Il importe dès lors de rechercher la solution du conflit qui les oppose afin d'établir avec le maximum de précision possible leur domaine d'application respectif.

F. — *Les conflits entre la* lex fori *et la loi de la société relativement aux effets de la faillite*

230. — La détermination de la loi applicable aux effets de la faillite doit se faire en fonction du but qu'ils se proposent d'atteindre. Toutes les fois qu'un effet apparaît comme une des conséquences essentielles de la faillite tendant à assurer l'un des buts fondamentaux de cette institution, il doit nécessairement être soumis à la loi de la faillite, c'est-à-dire à la *lex fori*. Il est en effet impossible de le dissocier de la faillite qui, sans lui, ne pourrait remplir son rôle. C'est le cas de tous les effets de la faillite qui tendent à assurer soit l'égalité entre les créanciers, soit le relèvement du failli. La Cour de Colmar a d'ailleurs posé le principe de cette distinction dans son arrêt du 26 mars 1924 (1).

Par conséquent, pour tous les effets qui apparaissent comme une des conséquences essentielles de la faillite, la solution de la compétence législative ne saurait soulever de grandes difficultés, la compétence de la *lex fori* s'impose.

Inversement, l'adoption du principe sus-énoncé doit conduire, semble-t-il, à écarter l'empire de la *lex fori* pour certaines conséquences de la faillite qui sont spéciales aux sociétés. C'est ainsi

230. — (1) Gaz. Pal. 1924.2.368. cf. également Travers. Le droit commercial international t. VII. Fasc. I n° 11.308. p. 270.

que, dans de nombreux Etats, la mise en faillite d'une société entraîne sa dissolution. Or, on peut concevoir que la loi du juge saisi de la faillite admette la dissolution comme conséquence nécessaire de la faillite et que la loi qui régit le statut juridique de la société ne l'admette pas. Dans ce cas à quelle loi attribuer compétence ?

Il est, à notre avis, plus rationnel d'appliquer dans cette hypothèse la loi de la société. En effet la dissolution de la société est sans influence sur l'égalité des créanciers. Sa véritable raison d'être repose sur le fait que la faillite de la société ou de certains associés modifie trop profondément les conditions d'existence de la société pour qu'elle puisse continuer à vivre. Dans ces conditions, il est normal de laisser à la loi de la société le soin de déterminer quelle doit être l'incidence de la faillite de la société ou de certains associés sur la vie de la société. Il serait d'ailleurs injuste que la loi locale puisse ordonner la dissolution de la société, à la suite d'une faillite dont l'étendue est limitée aux seuls éléments du patrimoine social situés dans le pays de déclaration de la faillite (2). On ne se trouve pas ici en présence d'une faillite considérée en tant que telle, mais envisagée en tant que cause de dissolution. C'est donc à la loi qui édicte les causes de dissolution de la société, c'est-à-dire à la loi du siège social de se prononcer sur ce point.

Par contre c'est à la *lex fori* qu'il appartient de décider si la faillite de la société doit entraîner celle de certains associés et doit permettre d'appliquer les déchéances de la faillite aux administrateurs de sociétés anonymes et aux gérants de sociétés à responsabilité limitée. Les mesures qui ont été prises sur ce point par le décret-loi du 8 août 1935 et la loi du 16 novembre 1940 l'ont été dans le but de protéger l'épargne et le crédit public. Cette protection serait inopérante si les sociétés étrangères dont la faillite a été déclarée en France pouvaient y échapper sous prétexte que de telles dispositions sont inconnues de la loi du siège social (3).

Ces différents conflits se posaient uniquement au cas de faillite déclarée en dehors du pays du siège social. Lorsqu'au contraire la faillite est prononcée par le tribunal du siège même de la société, la concordance entre la *lex fori* et la loi de la société supprime évidemment le problème. Mais à raison de l'universsalité de cette faillite, des conflits différents naissent entre la loi du juge saisi qui est la loi de la faillite et la loi des différents pays sur le territoire

230. — (2) cf. Travers, op. cit. n° II. 308. p. 270-271.

230. — (3) On doit notamment appliquer au cas de faillite française la disposition de l'art. 1er du décret-loi du 8 Août 1935 et déclarer la faillite « commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et dispose en fait des capitaux sociaux comme des siens propres ».

desquels se trouvent disséminés les divers éléments du patrimoine social. Ce sont ces différents conflits entre la *lex fori* et la *lex rei sitæ* dont il faut rappeler brièvement les principes de solution. Ils nous retiendront moins longtemps que ceux opposant la *lex fori* à la loi de la société, non parce que leur solution est évidente, mais parce que, d'une façon générale, il ne sont pas la conséquence du fait que le débiteur failli est une société étrangère. Ils se poseraient sensiblement dans les mêmes termes s'il s'agissait d'un commerçant étranger.

Ils ne sauraient cependant être complètement négligés, car, à raison de l'envergure plus considérable des entreprises constituées sous forme de sociétés, c'est le plus souvent à propos des faillites de sociétés qu'ils se posent en pratique.

Section II

CONFLITS ENTRE LA *LEX FORI* ET LA *LEX REI SITÆ*

231. — La faillite prononcée au lieu du siège social englobe tous les biens de la société quel que soit le pays de situation. L'application de ce principe fait naître des difficultés au point de vue de la détermination de la loi applicable. Doit-on appliquer la loi de la faillite ou la *lex rei sitæ* ?

Le problème peut tout d'abord se poser à propos du dessaisissement. Certains auteurs voyant dans le dessaisissement un transfert de propriété ou la constitution d'un droit réel au profit de la masse estiment que le dessaisissement doit être soumis à la *lex rei sitæ*. Comme on l'a déjà montré, cette solution n'est pas satisfaisante et il est plus exact de considérer avec la jurisprudence française que le dessaisissement emporte transfert de l'administration des biens de la société débitrice et doit être soumis à la loi de la faillite, car il n'affecte pas le régime de la propriété.

On est généralement d'accord également pour admettre que la masse est soumise à la loi de la faillite. Aussi quand les seuls créanciers sociaux sont des créanciers chirographaires, le conflit entre la *lex fori* et la *lex rei sitæ* ne se pose que rarement. Il n'en est pas de même, par contre, lorsque l'on se trouve en présence de créanciers qui disposent d'un droit réel : créanciers hypothécaires ou privilégiés. Ces créanciers vont faire valoir leur privilège afin de se placer en dehors de la masse chirographaire et de sauvegarder leur situation préférentielle. La question se pose alors de déterminer la loi qui régira le droit réel du créancier privilégié au cas de faillite.

Il semble que sur ce point il faille appliquer les règles admises en matière de privilèges. La loi qui determine les causes de droit réel et les circonstances dans lesquelles ils peuvent être invoqués est la loi du lieu de situation, *lex rei sitæ*. En effet les privilèges touchent au régime de propriété (1).

La faillite ne doit point pouvoir permettre d'écarter en ce domaine les règles traditionnellement admises. Seule la loi qui est génératrice du droit réel doit en régir les effets.

Cependant il est impossible de ne pas tenir compte des limitations et des restrictions apportées à l'exercice d'un droit réel en matière de faillite par la loi de la faillite. Ces restrictions sont en effet dictées par le souci d'assurer une bonne organisation de la faillite.

En conséquence, la loi de la faillite pourra jouer pour limiter les effets du droit réel, mais au cas où elle serait plus libérale que la *lex rei sitæ*, il faudra s'en tenir aux effets créés par la loi génératrice du droit réel. Il est, en effet, impossible d'invoquer la loi de la faillite pour faire produire au droit réel un effet que sa loi ne lui reconnaît pas.

On arrive de ce fait, et c'est à notre avis la solution la plus rationnelle, à l'application simultanée de la loi de la faillite et de la *lex rei sitæ*, cette dernière étant compétente pour régir le droit réel et déterminer les effets qu'il peut produire, mais trouvant au cas de trop grand libéralisme de sa part une limitation dans les dispositions de la loi de la faillite lorsque cette dernière se montre plus restrictive (2).

231. — (1) V. en ce sens Pillet, Traité, t. II, n° 783 ; Diena, Trattato, III. 567; Despagnet, Précis p. 484. C'est également à la compétence générale de la *lex rei sitæ* que se sont ralliés le Congrès juridique de Turin de 1880 et le Code Bustamante.

231. — (2) Nous avons raisonné ici sur l'hypothèse d'une sûreté conventionnelle, car dans ce cas la sûreté ne peut être établie que conformément à la *lex rei sitæ*. Par contre, en matière de sûreté légale, la *lex rei sitæ* ne sera pas nécessairement génératrice de la sûreté. Dans ce cas la compétence normale appartiendra, conformément aux principes généraux à la loi de la sûreté. La *lex rei sitæ* aura alors, comme la loi de la faillite, un rôle limitatif. On assistera à une combinaison de trois lois, le titulaire de la sûreté ne pouvant se prévaloir de cette dernière au cas de faillite que dans la mesure où elle répond aux exigences de la plus restrictive des trois législations.

231. — (3) Cf. en ce sens Albéric Rolin. Cours de l'Académie de droit International de La Haye 1926 p. 95. L'Institut de Droit International s'est inspiré de principes identiques lorsqu'il a déclaré en 1902 que « les droits réels de préférence mobiliers ou immobiliers ne peuvent jamais être reconnus que s'ils le sont par la loi de la situation » (Annuaire de l'Institut de Droit International 1902, p. 272 et s. ; Diena, Trattato, t. III, p. 505 et s.)

Certains auteurs vont même plus loin et proposent la compétence de principe de la *lex rei sitæ* (Pillet ; Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé t. III n° 793. Despagnet Précis p. 484). Cf. également le système proposé par de Boeck : les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite (Revue de Droit International Privé 1913 p. 289 à 320 et 793 à 876.

C'est également par l'application simultanée de la loi de la faillite et de la *lex rei sitæ* et par le triomphe de la plus restrictive d'entre elles qu'il faut, à notre avis, résoudre le conflit de lois qui naît lorsqu'il s'agit de déterminer si la faillite d'une société étrangère peut avoir pour conséquence d'entraîner des poursuites sur le patrimoine des associés. Dans cette hypothèse, comme le fait remarquer Pillet, la question ne se pose d'ailleurs pas seulement au sujet de l'étendue des droits appartenant aux créanciers, mais encore au point de vue de l'ordre de préférence à établir entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés (4).

232. — La jurisprudence française n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Par contre, le problème de compétence législative a été soumis à la Haute Cour d'Angleterre le 24 juillet 1896. Il s'agissait, en l'espèce de poursuites exercées sur les biens personnels situés en Angleterre d'un associé d'une société en nom collectif espagnole. Le juge anglais, écartant la loi de la société, appliqua la loi anglaise à titre de *lex rei sitae*. De la compétence de la loi anglaise il tira une double conséquence ; d'une part il écarta le bénéfice de discussion prévu par la loi espagnole qui subordonnait les poursuites sur les biens personnels de l'associé au fait qu'une discussion préalable des biens de la société aurait révélé leur insuffisance. D'autre part, en application de la loi anglaise, il accorda sur les biens composant la succession de l'associé décédé la préférence aux créanciers personnels de l'associé sur les créanciers sociaux (1).

La solution de la Haute Cour d'Angleterre a fait l'objet de critiques assez vives de la part de Pillet (2). L'éminent auteur a montré en effet que si elle peut se justifier par des raisons de simplicité, elle ne semble pas bonne du point de vue international. Si en effet, déclare Pillet, on peut concevoir que le créancier d'une société française n'ait pas, sur les biens situés en Angleterre, les droits de préférence que la loi anglaise ne lui reconnaît pas, il est beaucoup plus malaisé d'expliquer comment, en Angleterre et sur les biens qui y sont situés, un créancier pourrrait, en application de la *lex rei sitae* anglaise, invoquer des droits de préférence qui n'existent pas d'après la loi française, loi de la société et loi de la créance.

En réalité, la critique de Pillet ne nous semble pas entièrement justifiée. En effet, il ne faut pas attribuer à l'arrêt de la Haute Cour

231. — (4) Pillet ; Des Personnes morales en Droit International Privé n° 187 p. 277.

232. — (1) Clunet 1897, p. 185.

232. — (2) Pillet, Des Personnes morales en Droit International Privé, n° 187 p. 278.

d'Angleterre une portée plus grande que celle qu'il a réellement. Il doit être apprécié en fonction de l'espèce qui était soumise à la juridiction anglaise. Or, la Cour d'Angleterre se trouvait en présence d'un droit de préférence admis par la loi espagnole de la société, mais inconnu de la *lex rei sitae* anglaise. La juridiction anglaise a donc pris en considération la plus restrictive des deux lois pour refuser de reconnaître un droit de préférence aux créanciers sociaux.

Or, rien ne permet d'affirmer que, si l'hypothèse inverse s'était présentée à elle, c'est-à-dire si la loi anglaise avait admis au profit des créanciers sociaux un droit de préférence que la loi de la société n'aurait pas reconnu, la Haute Cour d'Angleterre aurait fait de la *lex rei sitae* une application aussi large et aurait reconnu la validité du droit de préférence, nonobstant l'opposition de la loi de la société.

Il semble plus rationnel d'admettre qu'elle aurait, sur la base d'un raisonnement analogue à celui adopté dans l'espèce précitée, pris en considération l'obstacle résultant du fait que la loi de la société ignorait le droit de préférence des créanciers sociaux et aurait appliqué en conséquence la plus restrictive des deux lois.

Dans la mesure où il se contente d'écarter le bénéfice de discussion et le privilège reconnu aux créanciers sociaux par la loi espagnole de la société, l'arrêt de la Haute Cour d'Angleterre consacre à notre avis une solution parfaitement logique. Il exige la concordance de la loi de la société et de la *lex rei sitae* et, en l'absence de concordance, se réfère à la plus restrictive d'entre elles.

Par contre, la solution donnée par la juridiction anglaise est beaucoup plus critiquable dans la mesure où elle ne se contente pas de refuser un droit de préférence aux créanciers sociaux, mais où elle accorde sur les biens de l'associé en nom situés en Angleterre un droit de préférence aux créanciers personnels du *de cujus* sur les créanciers sociaux bien que la loi de la société ne connaisse pas un semblable privilège.

En effet, en consacrant cette solution, elle ne satisfait pas à l'exigence de concordance que nous avons posée, concordance qui doit être nécessaire, quel que soit le bénéficiaire du droit de préférence accordé. C'est donc sur ce point que la critique de Pillet est, à notre avis, pleinement justifiée.

Toutefois, si l'application simultanée de la loi de la faillite et de la *lex rei sitae,* qui a été admise comme principe de compétence législative en matière de droits réels en cas de faillite, peut être étendue aux conflits opposant les créanciers personnels aux créanciers sociaux, son domaine d'application doit s'arrêter là.

En matière de droits réels, la compétence concurrente des deux lois doit en effet être limitée aux droits réels déjà nés lors de l'ouverture de la faillite. Il faut donner une solution différente au conflit de compétences législatives qui naît lorsqu'il s'agit de déterminer si la faillite a pour effet d'arrêter le cours des inscriptions.

Certains auteurs estiment qu'en cette matière c'est la *lex rei sitae* qui doit être compétente,. Il font remarquer à l'appui de leur opinion que l'arrêt du cours des inscriptions est étroitement lié au régime de la propriété car il s'agit de savoir jusqu'à quel moment le titulaire d'une hypothèque, librement consentie sur un immeuble de la société débitrice, peut la rendre opposable aux tiers en en effectuant l'inscription. Dans ces conditions il faudrait toujours se référer à la loi de situation de l'immeuble qui fait l'objet de l'hypothèque (3).

Cette solution n'est pas satisfaisante car l'arrêt du cours des inscriptions est lié à la conception que le législateur compétent se fait de l'égalité entre les créanciers, égalité que l'arrêt du cours des inscriptions tend à assurer de la façon la plus stricte. C'est donc à la loi de la faillite et non à la *lex rei sitae* de régir l'arrêt du cours des inscriptions, l'admission de la compétence de la *lex rei sitae* procédant, comme le fait remarquer M. Valensi (4) d'une confusion entre la nécessité de l'inscription qui se rattache au régime des biens et qui dépend de la *lex situs* et la question de savoir si l'égalité à maintenir entre les créanciers exige que les inscriptions ne soient plus possibles à compter du jour de la déclaration de faillite.

Il n'y a donc pas ici à tenir compte de la *lex rei sitae*. C'est toujours à la loi de la faillite de régir l'arrêt du cours des inscriptions qu'elle soit plus libérale ou plus restrictive que la *lex situs*.

Les différents conflits entre la loi de la faillite et la *lex rei sitae* ne prennent naissance qu'au cas de faillite déclarée au lieu du siège social, car c'est dans cette hypothèse seulement que les biens de la société situés en pays étranger sont englobés dans la masse de la faillite et que la *lex rei sitae* ne concorde pas avec la loi de la faillite. Au contraire, les conflits entre la loi de la faillite et la loi du contrat se posent aussi bien au cas de faillite déclarée dans le pays de la succursale que de faillite déclarée par le tribunal du siège social.

232. — (3) Cf. en ce sens : de Boeck, Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite (Revue de Droit International Privé 1913 p. 289 à 320)

232. — (4) Diena : Trattato, t. III, n° 548.
Valensi : Répertoire de Droit International, de Lapradelle et Niboyet t. VIII V° Faillite, n° 217-220 p. 316.

Section III

CONFLITS ENTRE LA LOI DE LA FAILLITE ET LA LOI DU CONTRAT

233. — Le souci d'assurer avec le maximum d'efficacité la protection de la masse des créanciers a conduit le législateur français à conférer à la faillite une certaine rétroactivité et à édicter un système spécial de nullités pour les actes passés par la société pendant la période suspecte, c'est-à-dire pendant la période qui s'étend de la cessation des paiements au jugement déclaratif de faillite.

L'annulation des contrats passés pendant la période suspecte soulève un problème de conflit de lois lorsque la loi qui régit le contrat est différente de le loi de la faillite, ce qui peut se produire assez fréquemment, puisqu'en vertu des principes généraux admis en matière contractuelle, la société et le cocontractant disposent d'une certaine autonomie dans la détermination de la loi applicable au contrat. S'ils se sont référés à une loi différente de la loi de la faillite, la nullité doit-elle être régie par la loi du contrat ou par la *lex fori ?*

Certains auteurs ont soutenu qu'en cette matière la compétence devait revenir à la loi du contrat car la nullité consécutive à la faillite de la société, ayant pour effet d'affecter le régime du contrat, doit être soumise à la loi qui est normalement compétente pour en apprécier la validité, c'est-à-dire la loi d'autonomie (1).

Cette affirmation repose, à notre avis, sur une erreur. En effet l'annulation du contrat passé pendant la période suspecte n'est pas la sanction d'un vice intrinsèque du contrat dont la validité n'est pas en cause. Elle est au contraire la conséquence de la faillite et doit être soumise à la loi de cette dernière. (2).

233. — (1) V. en ce sens Pillet, Traité t. II n° 782. Von Bar Internat. Privatrecht und Strafrecht par. 487. Von Bar fait valoir à l'appui de la compétence de la loi du contrat la théorie du respect des droits acquis. Soumettre l'annulabilité des actes passés pendant la période suspecte à la loi de la faillite serait aller à l'encontre du droit acquis à la validité du contrat, droit qui ne peut être retiré que par la loi sous l'empire de laquelle il a été créé.

233. — (2) La détermination de la compétence législative est plus délicate lorsque l'inopposabilité du contrat résulte de l'exercice de l'action paulienne. Dans ce cas l'action paulienne n'est pas en effet une conséquence directe de la faillite. Cependant de nombreux auteurs admettent même dans ce cas, la compétence de la loi de la faillite. V. notamment en ce sens A. Sacerdotti. L'action paulienne dans le système de l'unité internationale de la faillite (Revue de Droit International et de Législation comparée, 1903, p. 187).

TITRE V

Les conflits de lois relatifs à la dissolution, à la liquidation et au partage des sociétés

234. — Une fois la dissolution prononcée, les problèmes de conflits de lois relatifs aux sociétés ne sont pas épuisés. En effet, il faut encore désintéresser les créanciers sociaux et réaliser l'actif net qui sera partagé entre les associés. La dissolution est donc nécessairement suivie de la liquidation et du partage. C'est seulement une fois cette dernière opération effectuée que le rideau tombe définitivement sur la société.

Du point de vue du conflit de lois, la liquidation et le partage soulèvent d'ailleurs des questions beaucoup plus délicates que la dissolution elle-même, car elles touchent à la fois au droit des sociétés, au droit des biens dans la mesure où il faut réaliser et partager l'actif social, au droit des obligations, dans la mesure où l'on doit recouvrer les créances et payer les dettes.

La dissolution au contraire ressortit uniquement au droit des sociétés. Aussi, en ce qui la concerne, la détermination de la compétence législative ne soulève que peu de difficultés et ne saurait nécessiter de longs développement. C'est la raison pour laquelle après avoir consacré un chapitre relativement bref à la dissolution des sociétés, il faudra s'étendre plus longuement dans les deux chapitres suivants sur les conflits que posent la liquidation et le partage.

CHAPITRE I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS

235. — La compétence de la loi de la société s'impose en effet sans contestation possible. L'analyse des deux éléments de la société contrat et personnalité morale conduit d'ailleurs à s'y référer. Les solutions données dans l'un et l'autre cas concordent pour affirmer la compétence de la loi du siège.

Dans la mesure où la société est un contrat, il semble normal d'en soumettre la résolution à la loi qui a présidé à sa formation. Il convient de noter toutefois qu'en matière contractuelle, la jurisprudence se montre généralement hostile à l'extension de la compétence de la loi du contrat aux actes juridiques distincts qui interviennent dans son exécution (1).

Comme le fait remarquer M. Batiffol, il y a une tendance d'origine très ancienne puisqu'elle remonte à Bartole qui vise à limiter le domaine de la loi du contrat et à assurer l'indépendance des actes qui lui font suite et notamment des modes d'extinction. On tend dès lors à soumettre la résolution à sa loi propre qui est également la loi d'autonomie, mais qui peut être distincte de la loi du contrat les parties ayant la possibilité, à raison de la latitude qui leur est laissée de soumettre la résolution à une loi différente de celle qui avait fait l'objet de leur choix primitif.

On a parfois fait remarquer que la jurisprudence étend cette règle à la dissolution des sociétés et l'on invoque en faveur de cette extension l'arrêt de la Chambre Civile du 11 Juillet 1928 rendu dans l'affaire March et Garan. Il s'agissait de deux Espagnols associés en nom d'une société ayant son siège social à Alger, qui avaient passé une convention de dissolution dans laquelle ils fixaient les modalités du partage des biens sociaux. La Cour de Cassation a décidé que cette convention était soumise à la loi Française parce que les parties avaient voulu s'y référer (2).

235. — (1) cf. sur ce point Batiffol. Les conflits de lois en matière de contrats n° 138 p. 122 et 488 p. 404.

235. — (2) Cass. Civ. 11 Juillet 1928 (S. 1930.1.218 Note Niboyet).

On en a parfois déduit que la Cour de Cassation estimait que la convention de dissolution était soumise à la loi d'autonomie. Toutefois, il faut se garder à notre avis de tirer de cet arrêt des conclusions péremptoires. En effet la loi Française en faveur de laquelle la Cour Suprême s'est prononcée était en l'espèce la loi du siège social de la société et il est permis de croire que son caractère de loi de la société a influé sur la décision des juges de la Cour de Cassation.

D'ailleurs même si, en s'en tenant à la lettre de l'arrêt, on admet que la Cour Suprême a fondé la compétence de la loi Française sur son caractère de loi d'autonomie, on ne saurait, à notre avis en tirer des conclusions définitives en ce qui concerne la loi applicable à la dissolution des sociétés. En effet, la Cour de Cassation a envisagé en l'espèce la convention beaucoup plus sous l'angle partage que sous l'angle dissolution. L'associé demandeur attaquait en effet, non pas la dissolution de la société, mais les modalités du partage amiable que consacrait la convention. Ce n'est donc que de façon tout à fait incidente et parce que la convention prononçait en même temps la dissolution de la société que la Cour Suprême a été amenée à se prononcer indirectement sur ce point. Il serait donc exagéré d'attribuer à cet arrêt une portée qui n'est pas la sienne.

Lorsque l'on envisage le problème sous l'angle contractuel, il faut donc soumettre la dissolution à la loi de la société. Cette solution s'impose d'ailleurs avec une rigueur plus grande que pour la résolution des contrats ordinaires, car à raison du caractère d'acte-règle du contrat de société, l'unité du statut juridique de la collectivité commande de soumettre à la loi du siège social, non seulement sa constitution et son fonctionement, mais aussi sa dissolution. L'unité de compétence législative doit en effet être sauvegardée jusqu'à l'extrême fin de la vie sociale (3).

Lorsque l'on considère la question sous l'angle de la personnalité morale, on doit être amené à des conclusions identiques. L'affirmation de la compétence de la loi de la société apparaît en effet

235. — (3) En tout état de cause le domaine de la loi d'autonomie serait nécessairement restreint à la dissolution conventionnelle de la société, c'est-à-dire à celle résultant du *mutuus dissensus*. Lorsque la dissolution est la conséquence de la volonté unilatérale de l'un des associés, de l'expiration du terme, de la mort de l'un des associés, de la faillite ou de la liquidation judiciaire de la société, ou de la perte de plus des trois quarts du capital social, on voit difficilement quelle autre loi que celle du siège social pourrait être compétente.

Il en est de même au cas de dissolution judiciaire pour justes motifs La loi de la société coïncidera d'ailleurs nécessairement dans ce cas avec la *lex fori*, car le Tribunal du siège social est, à notre avis, seul compétent pour prononcer la dissolution de la société.

inéluctable, car il est normal que ce soit à la loi qui a présidé à la naissance et au fonctionnement de la personne morale de se prononcer sur son extinction.

On pourrait certes objecter que la considération de la personnalité morale n'a pas à intervenir ici, car la dissolution n'affecte pas la personnalité morale de la société puisqu'elle survit pour les besoins de la liquidation. Toutefois une semblable objection ne serait que partiellement exacte car il ne faut pas exagérer la portée de la survie de la personnalité morale. Il faut y voir en effet une simple fiction et considérer que la dissolution de la société, si elle n'annihile pas la personne morale, exerce sur elle une incidence profonde en en restreignant l'objet qu'elle limite aux fins de liquidation. C'est une personne morale réduite qui survit. Dans ces conditions, il est logique d'admettre que c'est à la loi de la société de se prononcer sur la cause de cette modification de l'étendue de la personnalité morale.

On ne saurait donc contester sérieusement que la loi de la société est la loi de la dissolution. Toutefois, il est permis de se demander si la loi du pays sur le territoire duquel la société effectue des opérations ne peut pas s'appliquer lorsque la protection des créanciers nationaux commande la dissolution de la société.

C'est ainsi que l'art. 37 de la loi du 24 Juillet 1867 dispose que la dissolution d'une société anonyme peut être demandée par tout intéressé au cas de perte des trois quarts du capital social. Une des raisons qui ont dicté ces dispositions réside dans le fait que le capital social ne constitue plus un gage suffisant pour les créanciers sociaux. Si la loi régissant le statut juridique ne prévoit pas la dissolution, dans ce cas la protection des créanciers Français ne commande-t-elle pas de revenir à la compétence de la loi française, sinon à titre normal, tout au moins en vertu de l'exception d'ordre public ? (4).

Une semblable solution serait éminemment souhaitable dans l'intérêt des créanciers. Mais la dissolution ainsi prononcée en France contrairement à la loi de la société serait dépourvue de toute valeur dans le pays de la société, car le jugement Français

235. — (4) A propos de la dissolution pour perte des trois quarts du capital social, le tribunal civil de Bruxelles a décidé, le 18 Janvier 1909, que l'on devait appliquer la loi de la Société. Il s'agissait en l'espèce d'une société Hollandaise faisant des opérations en Belgique. L'art. 47 du Code de Commerce Néerlandais oblige les directeurs, aussitôt qu'ils auront la preuve que le capital social a éprouvé une perte de 50 %, à en faire mention sur un registre situé au tribunal d'arrondissement. Si la perte est de 75 % la société est dissoute de plein droit. Le Tribunal de Bruxelles a pris en considération la loi Hollandaise de la Société. Il est vrai qu'il n'avait, en l'occurence, aucune raison de revenir à la compétence de la loi Belge, la loi Hollandaise étant suffisamment protectrice des droits des créanciers sociaux.

prononçant la dissolution n'obtiendrait pas l'*exequatur*. La seule solution est d'interdire à une telle société offrant un gage social insuffisant de continuer ses opérations en France. Toutefois on envisage assez mal la possibilité d'appliquer cette dernière sanction.

L'utilisation de l'exception d'ordre public par la jurisprudence des divers pays est d'ailleurs extrêmement rare. Les principaux exemples en sont fournis par la jurisprudence Belge, dans deux arrêts du 5 Janvier (5) et du 5 Février 1911 (5). Dans les deux espèces, il s'agissait d'une société étrangère dont un associé était devenu propriétaire de toutes les actions. Dans l'un et l'autre cas, la Cour de Cassation Belge a considéré que la société était dissoute de plein droit en Belgique et qu'à défaut de nomination de liquidateurs l'art. 113 de la loi Belge du 18 Mai 1873 ne donnait aux administrateurs que le droit de représenter la société comme défenderesse et non comme demanderesse.

Dans ces diverses espèces l'utilisation de l'ordre public permet aux tribunaux de suppléer à la carence de loi de la société et de considérer la société comme dissoute dans le pays comme contraire aux prescriptions de la *lex fori*.

236. — Mais la question se pose de savoir si l'ordre public peut jouer dans l'hypothèse inverse, à savoir au cas de dissolution arbitraire de la société par la loi du siège social. Peut-on dans le pays étranger de considérer que cette dissolution est nulle comme contraire aux principes de base du droit local ?

Il est bien évident qu'une semblable situation est tout à fait exceptionnelle. En effet, à raison de la communauté juridique existant entre les différentes législations des sociétés, il sera très rare qu'il existe une opposition très nette entre les cas de dissolution prévus par les différents systèmes législatifs. La question ne s'est guère posée que dans le cas très spécial des sociétés Russes.

Les décrets des 14 et 17 Décembre 1917 ont prononcé en effet la dissolution des sociétés Russes de droit Impérial et la confiscation de leurs biens. Les tribunaux français devaient-ils admettre la validité de ces décrets et leur faire produire effet en France ou pouvaient-ils au contraire, exciper du caractère arbitraire de la dissolution et admettre en se fondant sur l'ordre public que les sociétés continuaient d'avoir une existence légale en France ?

Nos tribunaux se sont bornés à utiliser l'ordre public pour considérer comme nulle la confiscation par l'Etat Soviétique des Biens des Sociétés Russes. Ils ont par contre admis la légimité de la dissolution et reconnu sur ce point la compétence exclusive

235. — (5) Clunet 1912 p. 912.
235. — (6) Clunet 1914 p. 635.

du législateur soviétique (1). La Cour de Bordeaux a affirmé notamment dans son arrêt du 2 Janvier 1928 : « Sans doute la loi Russe ne s'impose pas quand elle est incompatible avec l'ordre public Français et la nationalisation sans indemnité est directemnt contraire aux principes Français, mais il n'en reste pas moins que les Banques Russes ont cessé d'exister et cette suppression en soi, indépendamment de la confiscation qui en a été la suite, n'est pas en contradiction avec le droit Français ». (2)

Il convient toutefois de noter que la solution de la jurisprudence Française n'a pas été consacrée par tous les pays et que les tribunaux de certains pays érangers, sans distinguer entre la dissolution et confiscation ont refusé de reconnaître sur leur territoire la validité des décrets soviétiques qu'ils ont considérés comme contraires à l'ordre public (3).

C'est le cas notamment de la jurisprudence des Etats-Unis. La Cour d'Appel de New-York dans son arrêt du 4 Février 1930 rendu par le juge Cardozo a refusé tout effet extraterritorial aux décrets soviétiques car ils étaient contraires à l'ordre public Américain (4).

Toutefois, même au cas d'intervention de l'Ordre Public, la compétence de la loi de la Société ne subit pas une véritable atteinte. En effet, les Tribunaux Américains ne prétendent pas que la loi Russe n'était pas compétente pour prononcer la dissolution. Ils admettent que cette dissolution peut être valable en Russie, mais refusent de lui conférer un effet extraterritorial. D'autre part, ce n'est pas à proprement parler à la loi de la société que l'on refuse

236. — (1) Cour de Bordeaux 2 Janvier 1928 et Cour de Paris 13 Juin 1928 (Clunet 1929 p. 115 et 119 Note Picard et Tager ; Revue critique de Droit International 1929 p. 94, D. 1929.2.113.) Cass. Req. 29 Juillet 1929 (Clunet 1930 p. 680, Revue critique de Droit International 1931 p. 342) ; Cass. 4 Juillet 1933 (D. P. 1934.10 Note Savatier ; Revue critique de Droit International 1933 p. 652) cf également : Savatier. Revue critique de Droit international 1935 p. 498. Perret. La liquidation des sociétés Russes, Sirey 1937 n° 9 p. 20 et 21.

236. — (2) Bordeaux 2 Janvier 1928 précité.

236. — (3) Nous laissons de côté les pays qui n'ont pas reconnu de jure l'Etat Soviétique. Il est évident que la Jurisprudence de ces pays refuse tout effet aux décrets soviétiques. Mais sa position s'appuie sur le fait que la loi soviétique étant inexistante, les sociétés de droit Impérial continuent à vivre, car la loi Impériale Russe n'en a pas prononcé la dissolution (cf. en ce sens Cour de Cassation de Roumanie, 5 Décembre 1932, Clunet 1935 p. 718).

236. — (4) Cour d'Appel de New-York 11 Févr. 1930 (Clunet 1930 p. 782, note Scheftel). V. dans le même sens Cour d'Appel de New-York, 263 - New-York 369, Cour d'Appel de New-York 1935 (Affaire Baranowsky c. Guorontec Trust New-York). Ces arrêts expriment la dernière position de la Jurisprudence américaine. Il faut remarquer que des arrêts antérieurs considérant que les sociétés Russes ne sont plus que des abstractions refusent à leur directeur le droit d'agir en justice pour recouvrer les avoirs de ces sociétés (cf. notamment en ce sens, New-York, 7 avril 1925 et les décisions citées au Clunet 1928 p. 789).

tout effet extraterritorial. La loi de la société est ,en effet, la loi Impériale Russe et non la loi Soviétique. Or, c'est précisément l'abrogation de la première par la seconde qui explique le caractère arbitraire de la dissolution et permet de faire jouer l'Ordre Public.

D'une façon générale, on peut dire, qu'exception faite du correctif exceptionnel de l'Ordre Public, dont nous avons noté l'emploi surtout dans les jurisprudences étrangères, c'est à la loi de la société qu'appartient la compétence exclusive en matière de dissolution. Il n'en est pas toujours de même lorsqu'on se tourne vers la liquidation, à raison du caractère complexe de cette dernière institution qui s'intègre bien dans le droit des sociétés mais ressortit également au droit des biens et à celui des obligations.

CHAPITRE II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS

237. — La liquidation des sociétés commerciales donne naissance sur le plan international à des problèmes de conflits de lois originaux du fait du particularisme de cette institution qui est une réalité fort différente de la faillite, de la liquidation successorale ou de la liquidation d'une communauté, institutions avec lesquelles elle semble de prime abord présenter des analogies.

La liquidation est tout d'abord fort différente de la faillite. En effet le plus souvent elle sera amiable et sera de ce fait dénuée du caractère procédural qui permettrait en matière de faillite de substituer dans de nombreuses hypothèses la *lex fori* à la loi de la société. La liquidation qui est la suite normale de la dissolution votée par l'assemblée générale des actionnaires doit être soumise à la loi de la société. La détermination de la loi de la liquidation ne soulève guère de difficultés importantes.

Le problème est plus délicat lorsque le juge intervient dans la liquidation. En effet, si l'on admet que la liquidation par voie judiciaire peut être fractionnée en autant de liquidations locales qu'il y a de pays sur le territoire desquels la société possède des succursales ou des biens et que le juge local organise en fait chaque liquidation, on peut se demander dans quelle mesure la *lex fori* ne doit pas venir tempérer ici la compétence de la loi de la société (1).

237. — (1) M. Perret dans son ouvrage sur la « Liquidation des Sociétés Russes » (Sirey 1937, n° 42, p. 80), déclare : « On peut aussi considérer que, s'agissant de la transmission de la répartition des biens, non pas isolés mais faisant partie d'un « patrimoine » comprenant à la fois des meubles et des immeubles, la loi française ou plus généralement la loi locale est normalement compétente à titre de *lex rei sitæ* pour régler la liquidation de ce patrimoine ».

Il convient de remarquer que la compétence de la loi locale à titre de *lex rei sitæ*, si elle peut se concevoir dans l'hypothèse très spéciale des Sociétés Russes dans lesquelles par suite de la carence de la loi du siège social la loi du site est normalement compétente, se comprend beaucoup moins bien lorsqu'on est en présence d'une liquidation normale, car, par suite de la survivance de la personnalité morale, la loi du patrimoine est la loi de la société et non la *lex rei sitæ*.

Dans cette mesure on se rapproche de la solution admise pour les faillites locales. C'est dans cette mesure que l'expression de M. Percerou qui note une extension de l'esprit de faillite à la liquidation est exacte (2).

D'ailleurs il faut remarquer que, même au cas de liquidation par voie judiciaire, il faut toujours pour liquider la société se référer tout d'abord aux statuts puisque la dissolution de la société a laissé subsister la personnalité morale qui survit pour les besoins de la liquidation. D'autre part, l'extinction de la personnalité morale n'entraîne pas *ipso facto* la disparition du contrat de société et les dispositions contractuelles contenues dans les statuts peuvent s'imposer en tant que telles du moins dans les relations entre associés. Pour ces différentes raisons la *lex fori* aura nécessairement un rôle moindre que dans la faillite.

La liquidation des sociétés pose donc, en droit international privé, des problèmes qui sont, au fond, très différents de ceux de la faillite. Son particularisme se manifeste également par rapport aux autres liquidations d'universalité : succession et communauté conjugale.

Une liquidation de société, est, en effet, fort différente d'une liquidation successorale, car les associés n'ont pas, comme les héritiers, un intérêt à la conservation en nature des biens composant le patrimoine de l'universalité qui fait l'objet de la liquidation. Les différents éléments du patrimoine considérés individuellement n'ont pour eux aucune valeur de conservation propre (3). L'objet principal de la liquidation est donc la réalisation de l'actif social, réalisation qui est d'ailleurs nécessaire pour le règlement du passif à raison de l'existence d'engagements multiples envers les créanciers sociaux dont il faut rembourser les créances.

C'est d'ailleurs la nécessité de sauvegarder les intérêts des créanciers sociaux qui a conduit à conférer à la liquidation de sociétés le principal trait de son particularisme : la survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de la liquidation.

Logiquement on devrait déclarer que la société cessant de vivre à compter du jour de la dissolution, la personnalité morale disparaît à cette date et que c'est une indivision qu'il convient de liquider.

Cet émiettement du patrimoine de la société, survenu à l'heure où il faut au contraire le considérer dans son ensemble serait extrêmement préjudiciable aux intérêts des créanciers sociaux et même des associés. C'est pourquoi le droit français admet la survie de la personnalité morale. Cette survie a pour conséquence, au point

237. — (2) Traité des faillites t. I ch. II.

237. — (3) Cf. PIC et KREHER, *Traité des Sociétés*, collection Thaller, n° 612, p. 625.

de vue du droit international privé, de conférer à la loi de la société une aptitude théorique à régir les différentes opérations de la liquidation, car il s'agit de liquider non pas une indivision, masse inorganique soumise à la *lex rei sitae,* mais un patrimoine social, ou tout au moins une masse de biens qui, bien que situés à l'étranger s'intègrent dans un patrimoine dont le titulaire est unique puisque la société survit et qui doit en conséquence être soumis à la loi du siège social.

Il en résulte nécessairement un très grand particularisme dans le conffit de lois. Aussi les solutions admises en matière de liquidation successorale ne nous seront que d'un faible secours.

En droit interne, en l'absence de textes législatifs, la liquidation des sociétés est en grande partie l'œuvre de la jurisprudence (4). En droit international, nos tribunaux n'ont eu, au contraire, que rarement à se prononcer sur cette question. La plupart des décisions rendues l'ont été à propos des sociétés russes. C'est pourquoi, en dépit du caractère très spécial de la liquidation des sociétés russes, il faudra s'y référer fréquemment. Cette étude incidente des problèmes posés par la liquidation des sociétés russes sera d'ailleurs fertile en enseignements, car elle permettra de confronter les solutions du droit commun avec celles admises pour la liquidation des sociétés russes et de voir que les solutions données pour ces dernières ne sont pas aussi empiriques qu'on l'a parfois prétendu, mais qu'elles procèdent de tentatives plus ou moins heureuses d'adaptation des principes juridiques généraux admis en matière de liquidation des sociétés à une situation très spéciale qui semblait défier les normes traditionnelles.

C'est donc à la fois à la recherche des principes de solution de conflits de lois sur le plan général et à l'appréciation de l'application qui en a été faite par la jurisprudence aux sociétés russes qu'il faudra se livrer dans l'étude des conflits relatifs à la survie de la personnalité morale, à la désignation, aux pouvoirs et à la responsabilité du liquidateur aux opérations de liquidation et aux droits des créanciers sociaux.

237. — (4) Les législateurs étrangers ne se sont pas montrés aussi laconiques, et la liquidation de sociétés est traitée dans les codes Allemand (art. 133 et s.) Espagnol (art. 218 et s.) Hollandais (art. 33 et s.) Portugais (art. 130 et s.). En droit anglais, la liquidation des sociétés par actions fait l'objet d'une réglementaion législative très minutieuse. Par contre, celle des partnership est régie par les usages commerciaux et les décisions jurisprudentielles.

Section I

DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR DÉCIDER S'IL Y A OU NON SURVIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

238. — Lorsque l'on veut faire produire effet en France à la liquidation d'une société étrangère la première question qui se pose est de savoir si la personnalité morale de la société survit pour les besoins de la liquidation. Le droit français reconnaissant la survivance de la personnalité morale et la loi étrangère pouvant ne pas l'admettre, il importe de déterminer en fonction de quelle loi le problème doit être résolu.

Le conflit naît alors entre la loi de la société et la loi de la liquidation : *lex fori*. La solution dépend du parti que l'on adopte relativement à la nature de la personnalité morale de la société en liquidation : est-elle la continuation pure et simple de la personnalité morale de la société dissoute ou constitue-t-elle une personne morale nouvelle qui s'est substituée à la société dissoute pour les besoins de la liquidation ?

Si l'on se prononce en faveur de la continuation de la personne morale primitive, on est tout naturellement conduit à admettre la compétence de la loi de la société, car c'est à elle seule qu'il appartient de décider si la dissolution de la société entraîne l'extinction de la personnalité morale de cette dernière. Si, au contraire, on admet qu'une nouvelle personne morale s'est substituée à celle de la société, on sera conduit à attribuer compétence à la *lex fori*, car c'est à elle de décider s'il est nécessaire pour la liquidation des éléments du patrimoine situés en France de créer une personne morale titulaire du patrimoine à liquider.

Certains auteurs ont soutenu qu'une personne morale nouvelle née de la liquidation et ayant pour objet exclusif de la faciliter viendrait en quelque sorte se souder à la société ancienne (1).

Cette conception a été très justement critiquée (2). L'idée d'une superposition d'une nouvelle personne morale à l'ancienne est une construction purement théorique qui apparaît comme une simple vue de l'esprit. D'autre part, il est impossible dans cette théorie d'expliquer comment on pourrait opposer à cette nouvelle personne

238. — (1) Levi. *Liquidation des Sociétés commerciales*, p. 17 ; Francken. *Die Liquidationen der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung*, p. 53.

238. — (2) Pic et Kreher. *Traité des Sociétés*, t. I, n° 615, p. 627.

morale indépendante de la société dissoute les vices dont cette dernière était entachée. Or, comme le fait remarquer très justement M. Sraffa, c'est au moment de la liquidation que l'on doit pouvoir exciper des vices de la société et rechercher les responsabilités (3).

Aussi la majorité des auteurs rejette cette conception et admet que c'est la même personne morale qui continue (4). Comme le fait remarquer Thaller « c'est la même société qui se prolonge d'une vie désormais éphémère et différemment orientée » (5). La jurisprudence française est également en ce sens (6).

Dans ces conditions, il semble normal de décider que c'est à la loi de la société de déterminer si la dissolution de cette dernière emporte extinction de la personnalité morale ou si au contraire la personne morale survit pour les besoins de la liquidation.

M. Niboyet, dans sa note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 février 1925, l'a affirmé très justement. Il s'agissait en l'espèce d'une société suisse mise en liquidation en France. La survie de la personnalité morale devait-elle s'apprécier d'après la loi Suisse ou la loi Française ? M. Niboyet approuve l'application de la loi de la société : « Ce n'est pas la loi française, déclare-t-il, qu'il faut consulter sur le point de savoir si la société est ou non une personne morale durant sa liquidation et jusqu'à quel moment et avec quels effets, car rien ne dit que la loi suisse n'accorde pas à la société une personnalité plus durable de sorte que la liquidation d'une succursale, isolément de l'ensemble de la société pour déterminer les droits de chaque associé pourrait être en opposition avec la loi suisse » (7).

Cette solution s'impose à notre avis, car elle est la conséquence logique et nécessaire de l'idée que c'est la même personne morale

238. — (3) Sraffa. *La liquidazione della societa commerciali*, 2e éd. 1899. — Saleilles. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques à propos d'un livre de M. Sraffa* (Annales de droit commercial 1891.2.217).

238. — (4) V. en ce sens : Lyon-Caen, Renault et Amiaud, *Traité*, t. II, n° 366 ; Thaller et Percerou, n° 447, Pic et Kréher, *Traité Sociétés*, t. I, n° 615.

238. — (5) Thaller et Percerou. *Traité élémentaire*, t. I, n° 445, p. 297.

238. — (6) Cass. Civ. 27 Juillet 1864 (S. 1865.1.457) ; 18 Déc. 1883 (S. 1886.1.27) ; 2 Déc. 1885 (D. 1886.1.357) ; 13 Janvier 1892 (D. 1892.1.587) ; 28 Février 1894 (Journ. soc. 1895, p. 170); 19 Février 1903 (S. 1904.1.191); 25 Juillet 1920 (Gaz. Soc. 1921, p. 86) ; 21 Juin 1926 (D.H. 1926, p. 654) ; 1er Juillet 1930 (Journ. Soc. 1932, p. 16) ; 29 Juin 1936. (Revue Trim. Soc. 1936, p. 475) ; 7 Déc. 1936 (Gaz. Pal. 1937.1.159); cf. également Cass. Req. 25 Févr. 1935 (Gaz. Trib. 935.1.102). « Malgré sa dissolution une société est réputée se survivre pour les besoins de sa liquidation et la nomination d'un liquidateur est un incident n'opérant aucun changement dans la personnalité qui lui est attribuée ».

Cass. Req. 7 Mai 1935 (Gaz. Pal. 1935.2.66) « La dissolution d'une société n'opère aucun changement dans la personnalité qui lui est attribuée. » Plusieurs législations étrangères consacrent ce système : art. 111 de la loi Belge de 1873, art. 205 du Code de Commerce Allemand.

238. — (7) Note Niboyet sous Cass. Req. 2 Février 1925 (S. 1925.1.225).

qui continue. Il faut toutefois remarquer qu'elle est susceptible d'entraîner des difficultés considérables et d'être très préjudiciable aux intérêts des créanciers sociaux dans l'hypothèse où la loi étrangère de la société n'admet pas la survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation. La compétence de la loi étrangère risquerait en effet dans ce cas de faire perdre aux créanciers sociaux leur droit de préférence et de les contraindre à subir le concours des créanciers personnels des associés, car par suite de la disparition de la personne morale le patrimoine social ne constituerait plus leur gage exclusif. Dans ces conditions, on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable de revenir dans ce cas à la compétence de la *lex fori*, compétence qui ne serait plus normale, mais exceptionnelle et fondée sur l'ordre public. On pourrait, en effet, faire valoir que la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation est un principe de base du droit français qui est commandé par la protection des créanciers et du crédit public et qu'en conséquence, au cas de défaut de communauté juridique entre les deux systèmes législatifs, il faut écarter la loi étrangère normalement compétente.

Il peut se faire, par contre, que la loi étrangère accorde à la société en liquidation une personnalité morale plus étendue que celle conférée par la loi française. En effet, la personnalité morale donnée par cette dernière est limitée aux actes dont l'accomplissement est nécessaire à la liquidation. C'est donc une personnalité morale dont l'objet est strictement spécialisé. Si celle conférée par la loi étrangère est plus étendue, il n'en résulte aucun péril pour les créanciers sociaux. La loi étrangère doit donc s'appliquer normalement (8).

On peut donc dire qu'en présence d'une liquidation normale, le principe de la compétence de la loi de la société ne saurait être sérieusement discuté, sauf en cas de déséquilibre flagrant entre les deux systèmes législatifs en présence, déséquilibre nécessitant l'intervention de l'exception d'ordre public.

239. — Par contre, la détermination de la compétence législative a posé au juge français des questions beaucoup plus épineuses lorsqu'il s'est agi de statuer sur le sort des Biens des Sociétés Russes.

238. — (8) L'application de la loi de la société peut cependant léser les créanciers français dans l'hypothèse où, accordant à la société une personnalité peu durable, elle s'opposerait à la liquidation d'une succursale, isolément de l'ensemble de la société. Dans ce cas, l'application de la loi de la société devrait conduire le tribunal français à refuser d'ouvrir la liquidation de la succursale française. Cependant le tribunal français n'ayant pas à s'incliner devant le système étranger de solution des conflits de juridictions

L'application des principes que nous avons admis, aurait dû conduire les juridictions françaises à déclarer que la personnalité morale de ces sociétés pendant leur liquidation devait s'apprécier en fonction de la loi qui régissait leur statut juridique antérieurement à leur dissolution, c'est-à-dire de la loi Russe.

Mais précisément, il était impossible aux tribunaux français d'appliquer la loi Russe, car il y avait en réalité deux lois Russes distinctes qui s'étaient succédé dans le temps : la loi Impériale qui avait donné naissance à la société et qui régissait son statut juridique, et la loi Soviétique qui avait abrogé le droit Impériai.

Or, le Gouvernement Français ayant reconnu *de jure* l'Etat Soviétique avait, par là même, admis l'abrogation des dispositions du droit Impérial. Il ne pouvait donc être question de faire revivre une loi considérée comme morte.

D'autre part, il était impossible de considérer que l'abrogation de la Loi Impériale par la loi Soviétique avait entraîné une substitution de la seconde à la première comme loi organique de la société, puisque la loi soviétique avait prononcé non seulement la dissolution des sociétés impériales mais encore avait prétendu réserver leur liquidation automatique en ordonnant leur nationalisation et la confiscation de leurs Biens au profit de l'Etat Soviétique.

Sans doute, les tribunaux français s'étaient refusés à admettre la validité de cette confiscation qu'ils jugeaient contraire à l'ordre public parce qu'elle portait atteinte au respect de la propriété privée. Mais ils ne pouvaient appliquer la loi Russe dans une hypothèse où elle-même déclinait cette compétence.

Dans ces conditions, il fallait nécessairement revenir à la compétence de la loi Française.

La question ne soulevait guère de difficultés dans l'hypothèse où les sociétés Russes avaient réussi à se réorganiser en France et étaient devenues de ce fait des personnes morales Françaises (1),

pourra se déclarer compétent nonobstant l'opposition de la loi étrangère. Mais dans ce cas la survie de la personnalité morale de la Société devra s'apprécier en fonction de la loi française, car il semble difficile d'appliquer la loi de la société à une liquidation locale dont elle méconnaît la validité.

239. — (1) Les tribunaux français n'ont pas hésité à reconnaître la validité de cette reconstitution des sociétés russes en France. Une ordonnance de référé du Tribunal de la Seine rendue à propos de la Banque Générale pour le commerce étranger (Trib. Comm. Seine 23 Déc. 1924 Clunet 1925, p. 419) a admis que le juge des référés doit constater que la Banque Générale a été constituée selon les formes de la loi française depuis une année.

Cette solution est manifestement contraire aux principes admis en matière de changement de siège social (Contra Delehelle. Revue de Droit intern. privé, 1927, page 193). M. PERRET (*op. cit.*, p. 36, note I) fait remarquer que le changement de nationalité de la société n'était pas valable parce que l'unanimité des associés ne pouvait être réunie. Cette remarque n'est exacte que dans la mesure où la loi russe subordonne la validité du changement de siège social au consentement unanime des associés. En effet, la

ou même lorsque la succursale était devenue le siège même de la société, les succursales ayant acquis leur indépendance par suite de la dissolution de la société mère et étant considérées comme des sociétés de fait soumises à la loi Française et bénéficiant de la personnalité morale reconnue par notre loi aux sociétés de fait pour les besoins de leur liquidation (2).

Par contre la question était beaucoup plus délicate pour les sociétés russes qui possédaient des biens en France, mais étaient dépourvues de toute organisation dans notre pays. Par suite de ce défaut d'organisation, il était impossible de les considérer comme des sociétés de fait.

Admettre la survie de la personnalité morale, c'était reconnaître la continuation de la personnalité de la société dissoute qui devait normalement s'apprécier d'après la loi russe. Cette dernière étant inapplicable les tribunaux se sont livrés à une pure application de la loi Française (3).

Le retour à la loi Française s'explique donc essentiellement par des nécessités pratiques dictées par l'impossibilité d'attribuer compétence à la loi russe. C'est là à notre avis sa principale justification, car, sur le terrain des principes juridiques, il est beaucoup plus difficile de fonder la compétence de la loi française.

On a parfois prétendu que la loi française était normalement compétente à titre de *lex rei sitae,* car il s'agissait de la liquidation de biens situés en France, Mais cela ne saurait, à notre avis, suffire à expliquer pourquoi la loi française est compétente pour régir la survie de la personnalité morale, car la personnalité morale dont elle dote la masse des biens situés en France ne s'explique pas en

loi française ne devient compétente que du jour où le changement de siège social a eu lieu. Il n'y a donc pas lieu de s'occuper des conditions qu'elle pose pour sa validité. L'impossibilité du changement de siège social provient en réalité du fait que la loi normalement compétente pour en dicter les conditions (la loi impériale) est abrogée, que la loi soviétique ne peut s'apliquer puisqu'elle a ordonné la dissolution de la société, et qu'enfin il est difficile de faire appel à la loi française puisque nos tribunaux ont reconnu la validité de la dissolution.

239. — (2) L'ordonnance de mainlevée de séquestre de la succursale française de la Banque Russo-Asiatique (citée par M. PICARD, note au D. 1929. 2.113) déclare : « attendu qu'il résulte de ces constatations de fait que la succursale de Paris a perdu ce caractère, et apparaît comme devenue le siège même de la société ». Comme le montre M. PERRET (*op. cit,* p. 37, n° 21) cette solution repose sur l'interprétation erronée de la notion de succursale. A la différence de la filiale, la succursale ne dispose pas en effet d'une personnalité morale indépendante. Si la société mère est dissoute et a perdu sa personnalité morale, la succursale doit subir le même sort, l'accessoire devant suivre le principal.

239. — (3) Cf. en ce sens : Paris 2 janvier 1928 et Bordeaux 13 juin 1928 (Clunet 1929, p. 115); Trib. Com. Seine, 23 janvier 1934 (*Revue Critique de Droit International Privé,* 1932, p. 782, note NIBOYET) ; 21 janvier 1935 (*Revue Critique de Droit International Privé* 1935, p. 491), Trib. Civ. Seine 9 mai 1925 (Clunet 1926, p, 127).

fonction de la localisation de ces derniers, mais du fait qu'ils s'intègrent dans un patrimoine unique, celui de la société étrangère dissoute (4).

En réalité, c'est la carence de la loi du siège social qui explique l'appel fait à la loi locale. Sa compétence est donc subsidiaire. C'est la raison pour laquelle elle doit être limitée à l'hypothèse exceptionnelle des sociétés russes.

En présence d'une société dissoute dans des conditions normales et dont il faut liquider la fraction du patrimoine située en France, c'est à la loi de la société qu'il appartient de décider si la personnalité morale doit survivre. La territorialité du droit doit ici céder le pas devant l'extraterritorialité de la loi de la société qui s'impose jusqu'à l'extrême fin de la vie sociale.

C'est également entre la *lex fori*, la loi de la société, et parfois la *lex rei sitae* que naît le conflit lorsque l'on s'attache à déterminer la loi compétente pour régir la désignation, les pouvoirs et la responsabilité du liquidateur.

Section II

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA DÉSIGNATION, AUX POUVOIRS ET A LA RESPONSABILITÉ DU LIQUIDATEUR

240. — La liquidation est l'œuvre du ou des liquidateurs qui concentrent en leurs mains tous les pouvoirs aux fins de procéder aux diverses opérations de la liquidation. Le liquidateur étant l'organe essentiel de la liquidation, il importe de déterminer la loi qui doit régir sa désignation, ses pouvoirs et sa responsabilité.

Or, la solution de la compétence législative est sur ce point assez délicate car le conflit naît entre plusieurs lois qui peuvent invoquer une aptitude théorique à régir le statut du liquidateur. Ce sont tout d'abord les deux lois qui se heurtent dans tous les conflits relatifs à la liquidation : la loi de la société qui est le plus souvent normalement compétente en tant que loi de la liquidation et la *lex fori*. A ces deux lois s'en ajoute une troisième qui tire sa compétence du fait que le liquidateur revêt le caractère d'un man-

239. — (4) Il ne pouvait être question d'expliquer la compétence de la loi française par la théorie du Renvoi, car le Renvoi est fondé sur un déséquilibre entre deux systèmes de solution de conflits de lois. Or, le refus de compétence de la loi soviétique ne reposait pas sur le fait qu'elle attribuait compétence à une loi étrangère, mais sur ce fait qu'elle considérait que toute liquidation était inutile, puisqu'en vertu des décrets de confiscation pris par l'Etat soviétique, la propriété du patrimoine de la société se trouvait transférée automatiquement à l'Etat Soviétique.

dataire des associés. A raison de ce caractère du liquidateur on peut se demander dans quelle mesure le statut du liquidateur ne doit pas être soumis à la loi du mandat, qui est la loi d'autonomie et, dans le silence des contrats, la loi du lieu d'exécution du mandat qui s'identifiera d'ailleurs le plus souvent avec la loi de la liquidation. Enfin, du point de vue du conflit de lois, une dernière difficulté naît du fait que la jurisprudence, en dépit du caractère territorial de la liquidation prétend attribuer aux pouvoirs du liquidateur un effet extraterritorial. On peut dès lors se demander dans quelle mesure cette extraterritorialité ne trouvera pas à l'étranger une limitation dans la compétence de la *lex rei sitæ*.

Ce sont ces conflits multiples et complexes qui apparaissent sous des jours divers lorsque l'on étudie la désignation, les pouvoirs et la responsabilité des liquidateurs.

A. — *Les conflits de lois relatifs à la désignation des liquidateurs*

241. — L'étude des conflits de lois relatifs à la faillite a révélé que la nomination du syndic était toujours soumise à la *lex fori*. A raison des analogies existant entre le syndic et le liquidateur, on pourrait songer à soumettre également la nomination de ce dernier à la compétence exclusive de la loi du For.

Une semblable solution serait mauvaise, car elle présenterait l'inconvénient d'être trop absolue et de ne pas réfléter exactement la véritable nature du liquidateur. Il existe en effet entre le syndic et le liquidateur des différences profondes. La liquidation ne revêt pas comme la faillite le caractère d'une véritable procédure. La liquidation est, en effet, souvent amiable et le liquidateur est alors un mandataire contractuel de la société et des associés. Certains auteurs vont même plus loin et affirment que « même dans le cas où, à défaut d'entente entre les intéressés le liquidateur est désigné par le tribunal, il convient plutôt de l'envisager comme un mandataire commun de la société et des associés que comme un agent de justice » (1).

L'opposition entre la Loi de la société et la *lex fori* a donc sa source dans le caractère hybride du liquidateur : dans la mesure où il est un mandataire de la société, la loi de la société doit s'appliquer, dans la mesure où il est un mandataire du tribunal, la loi du juge saisi peut revendiquer la compétence. L'opposition se manifeste également si l'on considère les deux idées qui président à la désignation des liquidateurs : la nécessité de nommer un liquidateur

241. — (1) Pic et Kréher. *Traité Sociétés*. Collection Thaler, t. I, n° 621, p. 634.

impartial et désintéressé risquant de conduire le juge à rechercher les garanties de sa propre loi, la nécessité d'arriver dans toute la mesure du possible à une liquidation amiable incitant au contraire à prendre en considération la loi de la société qui semble la plus propice à faciliter un accord entre les intéressés ou même à conférer aux parties une certaine autonomie dans le choix de la loi applicable.

La solution du conflit de compétences législatives est, à notre avis, susceptible de varier selon qu'une clause relative à la désignation du liquidateur est ou non insérée dans les statuts et selon que la nomination du liquidateur est amiable ou judiciaire.

En présence d'une clause expresse des statuts, il semble qu'il faille s'y référer. La Jurispudence a eu l'occasion de l'affirmer notamment à propos des sociétés russes, dans une hypothèse où, par suite de l'abrogation de la loi à laquelle s'étaient conformés les statuts, on aurait pû les considérer comme dépourvus de toute valeur (2).

Nos tribunaux n'ont pas hésité cependant à tenir compte des statuts lorsqu'ils se sont trouvés en présence d'une société de fait, ils ont même été, en l'occurence, plus loin que la jurisprudence traditionnelle en matière de sociétés de fait. En effet, la jurisprudence limite généralement l'application du pacte social aux relations avec les tiers, la désignation des liquidateurs est dépourvue de toute valeur si les tiers la contestent (3).

Or, la jurisprudence tend à admettre même au cas de conflit avec les tiers, le maintien du liquidateur statutaire sauf preuve par les tiers que sa nomination leur cause un préjudice certain (4).

Par contre, lorsqu'il s'agit d'une société survivant simplement pour les besoins de sa liquidation et n'étant pas organisée en France, les tribunaux Français ont écarté les statuts et nommé un liquidateur mandataire de justice. Mais cette position jurisprudentielle n'est aucunement l'expression d'une exclusive jetée contre les statuts. Elle s'explique seulement par l'impossibilité dans laquelle on se

241. — (2) Pour justifier l'appel fait aux statuts, les auteurs distinguent les deux éléments de la société : le contrat et la personnalité morale. Comme le fait remarquer M. RIPERT (Travaux du Comité Français de Droit International Privé, compte-rendu des séances du 3 Décembre 1934 et du 22 Février 1935 : Bulletin du Comité 1934 et 1935) : « Quand on constate que l'être social ne peut plus fonctionner parce qu'il est impossible de réunir l'asemblée générale de la société, on ne détruit pas pour cela le contrat constitutif de société. Ces personnes qui sont des associés se connaissent, elles sont entrées dans la société, elle n'existent peut-être pas toutes encore maintenant, mais celles qui existent, ce sont véritablement des associés liés entre eux par un contrat ». Cf. également : PERRET ; *op. cit.* n° 18, p. 32. « Tant que subsiste avec l'objet de la société une *affectio societatis* entre ses membres, il reste dans la société un contrat que la nationalisation n'a pas résilié de plein droit en France ».

241. — (3) V. en ce sens HÉMARD, *Nullité de Sociétés et Sociétés de fait*, p. 678 et notes.

trouvait de réunir l'assemblée générale nécessaire à la nomination des liquidateurs. C'est donc seulement parce que leur application était impossible que les statuts ont été écartés (5).

Or, ces obstacles à l'application des statuts sont exceptionnels et limités à l'hypothèse très spéciale des sociétés russes. En règle générale, la société étant organisée, l'application des statuts est possible et doit être admise dans tous les cas où ils contiennent une clause se référant à la liquidation (6).

Lorsqu'aucune clause relative à la liquidation n'est insérée dans les statuts, la détermination de la compétence législative est plus délicate. Quelle loi faut-il appliquer à titre supplétif : la loi de la société ou la loi locale de la liquidation ?

En pratique, l'intérêt de la solution du conflit de lois n'est pas très considérable, car les divers systèmes juridiques se montrent très larges dans la désignation des liquidateurs. Toutefois, certaines législations étrangères érigent pour les sociétés de personnes les gérants en liquidateurs de droit (7). Est-il nécessaire dans ce cas de se conformer à la prescription impérative de la loi de la société ?

Il faut, à notre avis, distinguer, pour la détermination de la loi applicable, selon que l'on se trouve en présence d'un liquidateur nommé amiablement ou désigné en justice.

Lorsque le liquidateur est désigné amiablement, sa nomination résulte d'une assemblée générale des associés. Il semble normal que les conditions de majorité et de quorum auxquelles est soumise la validité de sa désignation par l'Assemblée soient appréciées en fonction de la loi étrangère de la société. La loi joue ici à titre supplétif dans le silence des statuts. Il semble donc logique que la loi supplétive soit celle à laquelle les fondateurs auraient dû se référer s'ils avaient inséré dans les statuts une clause relative à la liquidation.

Lorsqu'au contraire le liquidateur est nommé en justice, le tribunal de commerce ne s'estime pas lié dans son choix par les dispositions de la loi étrangère. La désignation du liquidateur revêt alors le caractère d'une opération judiciaire soumise à la *lex fori*, comme celle du syndic de faillite. Toutefois, la compétence de la *lex fori* semble ici moins incontestable que pour la désignation du

241. — (4) Trib. Comm. Seine 3 Déc. 1934 (Clunet 1935, p. 128) ; Trib. Comm. Seine, 17 Août 1934 (Clunet 1935, p. 125) ; Trib. Comm. Seine 22 Janv. 1934 (Clunet 1935, p. 129) ; Trib. Comm. Seine 22 Janv. 1934 (2e Affaire), Revue Critique de Droit International Privé 1935, p. 305).

241. — (5) Le Tribunal de Commerce de la Seine dans son jugement du 21 Janvier 1935 (*Revue Critique de Dr. Intern. Privé* 1935, p. 491. Note Niboyet) fait ressortir l'impossibilité de l'application des statuts. Cf. sur ce point : PERRET, *op. cit.*, n° 48, p. 89.

214. — (6) V. notamment en ce sens : Loi Belge, art. 113. Code Fédéral Suisse des Obligations, art. 580.

syndic de faillite, car même lorsque le liquidateur est nommé par le tribunal, il est moins un agent de justice qu'un mandataire de la société et des associés.

C'est également ce caractère de mandataire du liquidateur qui complique le conflit relatif aux pouvoirs du liquidateur en ajoutant à la loi de la société et à la *lex fori* une troisième loi qui peut invoquer une aptitude théorique à les régir : la loi du mandat.

B. — *Les conflits de lois relatifs aux pouvoirs des liquidateurs*

242. — La solution logique semble être en cette matière de soumettre les pouvoirs des liquidateurs à la loi normalement compétente pour régir leur désignation : la loi de la société si l'on se trouve en présence d'un liquidateur amiable, la *lex fori* s'il s'agit, au contraire, d'un liquidateur nommé en justice, la *lex fori* étant d'ailleurs le plus souvent la loi de la société qui s'appliquera alors à titre de *lex fori*.

Toutefois, il faut tenir compte du fait que le lien qui unit le liquidateur aux associés est, au cas de liquidateur amiable, un lien purement contractuel. On peut dès lors se demander s'il n'y a pas lieu d'appliquer les principes admis en matière de contrat et d'attribuer compétence à la loi du mandat, loi d'autonomie.

Lorsque les parties ne choisissent pas expressément la loi compétente, la solution du conflit de lois ne soulève guère de difficultés. En effet, les auteurs admettent que, dans le silence des contractants, la loi du mandat est la loi du lieu d'exécution (1). Or, cette loi coïncidera toujours avec la loi de la liquidation puisque le mandat du liquidateur a pour objet la liquidation des éléments du patrimoine social qui sont situés dans le pays où la liquidation a été prononcée (2).

Il est, par contre, beaucoup plus difficile de déterminer la portée exacte de l'autonomie qui est conférée aux associés dans le choix de la loi applicable. En droit interne, les auteurs et la jurisprudence admettent que la délibération des associés qui nomme le liquidateur peut préciser ses attributions et que la volonté des parties fait loi (3).

242. — (1) V. en ce sens : BATIFFOL. *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 304, p. 274.

242. — (2) C'est ainsi qu'au cas de liquidation des biens d'une société étrangère située en France, on appliquera, dans le silence des parties, l'article 1988 C.C. aux pouvoirs des liquidateurs. Ce sera donc la conception française du mandat qui prévaudra à titre supplétif. En vertu du mandat général qui lui est conféré le liquidateur pourra accomplir les actes d'administration mais non les actes de disposition.

242. — (3) Cf. en ce sens Cass. 23 Décembre 1889 (D. 1890.1.169 ; S. 1891. 1.321) ; 30 novembre 1892 (D. 1894.1.83) ; Paris, 6 Février 1922 (Revue Soc.

La même solution doit-elle être reconnue aux associés sur le plan international ? Il semble qu'ici il faille réduire largement l'autonomie des associés, tout au moins dans la mesure où la loi de la société pose des prescriptions impératives. Le liquidateur est un mandataire comme le gérant et il est normal de lui appliquer la loi de la société.

Il semble donc qu'en cette matière il faut étendre le plus possible la loi de la société.

Dans l'hypothèse spéciale des sociétés russes, la jurisprudence s'est efforcée en cette matière d'étendre le plus possible la compétence de la *lex fori* et de ne faire aucune différence entre les pouvoirs du liquidateur amiable et ceux du liquidateur judiciaire. Dans plusieurs jugements du tribunal civil de la Seine, on peut relever le passage suivant :

« Les liquidateurs statutaires constitueront un conseil de liquidation avec les pouvoirs les plus étendus pour représenter la banque en demande comme en défense, réaliser l'actif en bloc et en détail, à l'amiable ou autrement, apurer le passif, régler le compte et faire le nécessaire selon les lois et usages du commerce sans aucune exception ni réserve. » (4).

Cette formule qui, comme le fait remarquer très justement M. Perret (5), est la même que celle utilisée par les tribunaux pour la nomination du liquidateur, mandataire de justice, est symptômatique du désir de la jurisprudence de ne faire aucune distinction dans les pouvoirs conférés au liquidateur dans l'un et l'autre cas, et d'admettre la compétence de la *lex fori* de la façon la plus générale.

Cette tendance de la jurisprudence en faveur de l'application de la *lex fori* semble aller à l'encontre de la compétence de la loi de la société que nous avons proposée. En réalité, il n'en est rien, car l'application de la *lex fori* dans le cas des sociétés russes s'explique parce qu'il n'y avait pas en l'occurence de loi de la société.

243. — Quel est le domaine d'application des pouvoirs du liquidateur ? Pour certains pays, ce domaine est purement territorial (1).

1922, p. 302). En doctrine : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. II, n° 370, HOUPIN et BOSVIEUX, n° 648 ; CHOPPARD (Rev. Soc. 1887, p. 40). LABBÉ note sous Cass. 20 Octobre 1886 (S. 1887.1.49).

242. — (4) Trib. Com. Seine, 22 Janvier 1934 (Clunet 1935, p. 129) ; 22 Janvier 1934 (2e Affaire) (Clunet 1935, p. 131) ; 17 Août 1934 (Clunet 1935, p. 125); 3 Décembre 1934 (Clunet 1935, p. 129).

242. — (5) PERRET, *op. cit.* n° 55 p. 100-101.

243. — (1) Cf. pour l'Angleterre l'opinion de Dicey International Law, règle 83, p. 376. «Il est maintenant définitivement établi que le Companies Act n'affecte pas les droits et obligations qu'une société peut posséder hors du Royaume-Uni et qu'en particulier ses avoirs hors du Royaume ne sont pas

La jurisprudence française affirme l'extraterritorialité des pouvoirs du liquidateur, même dans l'hypothèse des sociétés russes (2).

Cette position de notre jurisprudence présente l'inconvénient d'engendrer de nouveaux conflits, car l'extraterritorialité de la loi de la liquidation rencontre un obstacle dans la compétence territoriale de la loi étrangère affirmée par l'État étranger.

Il en résulterait des difficultés inextricables au point de vue des conflits de lois si les différents systèmes législatifs consacraient des solutions divergentes relativement à l'étendue des pouvoirs du liquidateur (3).

Fort heureusement, il n'en est rien. Dans toutes les législations, le liquidateur est assujetti à un certain nombre d'obligations légales sensiblement identiques (4). Les divers systèmes juridiques consacrent également des solutions analogues relativement aux opérations courantes rentrant dans les attributions normales du liquidateur. Ils peuvent accomplir des actes conservatoires, procéder au recouvrement des créances sociales, acquitter le passif, réaliser l'actif mobilier, vendre le fonds de commerce.

Les difficultés naissent surtout à propos des opérations excédant les pouvoirs normaux du liquidateur et notamment le droit de vendre ou d'hypothéquer les immeubles sociaux et de procéder au partage.

La question de savoir si le liquidateur peut vendre les immeubles sociaux est des plus controversée même en droit interne.

remis aux mains du liquidateur en vertu de l'ordre de liquidation, mais d'un autre côté le liquidateur a pouvoir de prendre en charge tous les biens auxquels la société a des titres dans le Royaume ». La même solution est consacrée par le droit allemand et le droit suisse.

243. — (2) V. en ce sens pour les Sociétés Russes : Trib. Comm. Seine 1er Octobre 1926 et Cour de Paris 22 Juillet 1929 (Clunet 1929, p. 1095).

243. — (3) L'opposition naît sur ce point entre la loi française et la loi allemande relativement à l'opposabilité aux tiers des clauses restrictives des pouvoirs du liquidateur. Etendant à cette matière, la théorie de la Prokura, l'art. 138 du Code Allemand détermine de façon expresse les pouvoirs conférés aux liquidateurs. Il dispose que toute clause restrictive de ces pouvoirs légaux est dépourvue d'effets à l'égard des tiers. Si, lors de la liquidation en France de la succursale d'une société allemande, les associés limitent, en vertu d'une convention conforme à la Lex Fori Française, les pouvoirs du liquidateur, les tiers peuvent-ils exciper des dispositions de la loi allemande de la société pour prétendre que la limitation des pouvoirs leur est inopposable ? Le caractère territorial de la liquidation devrait conduire à répondre par la négative. Cependant, il semble souhaitable d'admettre que la Lex Fori doit trouver ici une limitation dans la loi de la société, d'autant plus que cette dernière est, en l'occurrence plus protectrice des intérêts des créanciers français. Il n'en serait autrement que si ces derniers avaient accepté la résiliation des pouvoirs du liquidateur.

243. — (4) Parmi les obligations légales qui, dans toutes les législations, incombent au liquidateur, on peut citer celle de dresser un inventaire des biens sociaux faisant l'objet de la liquidation, celle d'exiger des gérants un compte de gestion détaillé et de leur donner quitus.

Une partie importante de la doctrine tend à admettre la validité de la vente amiable consentie par le liquidateur de sa propre autorité sans qu'aucun mandat social lui ait été conféré à cette fin.

Ces auteurs font remarquer qu'on ne saurait étendre au liquidateur les dispositions de l'article 1988 du Code Civil sur le mandat qui limite les pouvoirs du mandataire aux seuls actes d'administration, car le liquidateur n'est pas un mandataire général, mais plutôt un mandataire spécial dont la mission est la réalisation de l'ensemble de l'actif social, sans qu'il y ait lieu d'établir une distinction fondée sur la nature mobilière ou immobilière du bien vendu (5).

Pour d'autres auteurs, le liquidateur ne pourrait jamais aliéner l'immeuble social, sauf s'il dispose d'une procuration spéciale l'habilitant à effectuer cette opération (6).

La jurisprudence française consacre un système intermédiaire. Elle reconnaît au liquidateur le pouvoir d'aliéner de sa propre autorité les immeubles sociaux, lorsqu'ils sont impartageables en nature et que cette vente est nécessaire pour faire face au passif par suite de l'insuffisance des sommes retirées de la réalisation de l'actif mobilier. Dans tous les autres cas, le droit du liquidateur de vendre les immeubles sociaux est subordonné à l'obtention par lui d'une procuration spéciale des associés (7).

Les lois étrangères consacrent souvent des solutions différentes. La majorité d'entre elles autorisent uniquement la vente aux enchères et subordonnent la validité de la vente amiable à l'autorisation de l'unanimité des associés (8).

A raison de la divergence des solutions données par les différents systèmes législatifs, l'intérêt de la détermination de la loi compétente est incontestable. Or, dans deux hypothèses la solution de la compétence législative soulève d'assez grandes difficultés.

Le conflit peut naître entre la loi locale et la loi de la société au cas de liquidation des éléments du patrimoine d'une société alle-

243. — (5) Cf en ce sens : LEVI, *Liquidation des Sociétés Commerciales*, p. 48 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, t. II, n° 385, *Arthuys*, t. II, n° 766 ; VAVASSEUR, t. Ier, n° 243.

243. — (6) Cf en ce sens : THALLER et PERCEROU, n° 448 ; PIC et KRÉHER, *Traité, Sociétés*, t. I, n° 639, p. 649. ROY, p. 157.

243. — (7) Cass. 20 Juillet 1871 (D. 1871.1.199) ; Cass. 15 Novembre 1887 (S. 1888.1.140 — Motifs) ; Bordeaux, 30 Mars 1886 (S. 1888.2.181). Cf. également en faveur de la distinction jurisprudentielle : HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité*, p. 166. COPPER-ROYER, *Traité théorique et pratique des Sociétés Commerciales françaises et étrangères*, t. I, n° 752, p. 233.

243. — (8) C'est la solution adoptée par l'art. 137 du Code Allemand. L'art. 582 du Code Suisse ,l'art. 203 du Code Italien, l'art. 112 du Code Hongrois. L'art. 115 de la loi Belge subordonne la validité de la vente amiable consentie par le liquidateur au consentement d'une majorité spéciale des associés représentant le 1/2 en nombre et les 3/4 en sommes.

mande ou suisse situés en France. Par suite de la tendance de la jurisprudence, les pouvoirs du liquidateur seront le plus souvent appréciés en fonction de la loi locale, loi française. Si l'on suppose que le liquidateur veut procéder à la vente amiable d'un immeuble impartageable, une telle vente doit-elle être considérée comme valable, car elle est conforme aux prescriptions de la *lex fori,* ou comme nulle, car elle est contraire aux dispositions de la loi étrangère régissant le statut juridique de la société ?

A notre avis, il faut tenir compte des exigences posées par la loi de la société toutes les fois où le liquidateur a été désigné amiablement. Il ne faut pas oublier en effet que, dans ce cas, le liquidateur est le mandataire des associés et qu'il tient ses pouvoirs de ce mandat. Or, les associés qui, en entrant dans la société, ont accepté la compétence de la loi du siège social ne sauraient passer outre à ses dispositions.

A propos de la vente par le liquidateur des immeubles sociaux, le conflit peut également naître entre la loi de la liquidation et la *lex rei sitæ*. Lorsque, par exemple, on procède en France à la liquidation d'une société française possédant des biens en Suisse, le principe de la territorialité de la liquidation n'empêche pas la jurisprudence d'admettre l'extraterritorialité des pouvoirs du liquidateur. Si la loi française, qui est, en l'occurence, la loi de la liquidation et la loi de la société, admet que le liquidateur était qualifié pour procéder, de sa propre autorité, à la vente amiable, les pouvoirs de ce dernier doivent-ils trouver une limitation dans les conditions restrictives posées par la loi suisse, *lex rei sitæ* ?

On a pu parfois soutenir que la vente, étant un acte de disposition, devait être soumise à la *lex rei sitæ* et qu'en conséquence ce serait d'après la loi suisse que l'on devrait apprécier si le liquidateur avait qualité pour procéder à la vente.

Cette opinion est, à notre avis, erronée. Elle procède, en effet, d'une confusion entre la vente considérée intrinséquement et les pouvoirs du liquidateur. L'aptitude théorique de la loi du site à régir la vente doit être limitée au transfert de propriété. Au contraire, la nullité de la vente ne tient pas à un vice inhérent à l'opération elle-même, mais au défaut de pouvoirs du liquidateur. Ceux-ci doivent s'apprécier en fonction de la loi de la liquidation et de la loi de la société qui sont ici confondues sans que la *lex rei sitæ* ait à intervenir.

La divergence entre les différents systèmes législatifs apparaît également en ce qui concerne le pouvoir du liquidateur de procéder aux opérations de partage. En France, on admet que le mandat conféré au liquidateur n'implique pas par lui-même le droit pour ce dernier de procéder au partage. Par contre, certaines législations

étrangères, intégrant le partage dans la liquidation, estiment que le droit de procéder au partage appartient normalement au liquidateur.

Là encore le conflit de lois doit, à notre avis, être résolu en faveur de la compétence de la loi de la liquidation, sauf clause contraire des statuts conférant au liquidateur des pouvoirs plus étendus et, sauf au cas de divergence entre la *lex fori* et la loi de la société, limitation de la compétence de la première par les restrictions posées par la seconde.

C. — *Les conflits de lois relatifs à la responsabilité des liquidateurs*

244. — Les conflits de lois relatifs à la responsabilité des liquidateurs sociaux ne présentent pas d'originalité propre. Ils doivent être résolus de la même manière que ceux concernant les pouvoirs. En effet, la responsabilité du liquidateur à l'égard des associés est une responsabilité contractuelle dérivant de l'inexécution du contrat de mandat qui unit le liquidateur mandataire à la société et aux associés qui sont les mandants. C'est donc à la loi du mandat de déterminer l'étendue de la responsabilité du liquidateur. Il suffit donc de renvoyer pour la détermination de cette loi à ce qui a été dit à propos des pouvoirs du liquidateur.

De même l'étude des différentes opérations de la liquidation ne soulève pas d'une façon générale de grandes difficultés au point de vue du conflit de lois, le mécanisme de l'institution étant sensiblement le même dans tous les Etats. Toutefois, sur certains points des divergences apparaissent entre les différents systèmes juridiques, créant par là même l'intérêt de la détermination de la compétence législative. C'est sur ces points particuliers qu'il convient d'insister dans la recherche de la loi applicable aux opérations de liquidation.

Section III

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX OPÉRATIONS DE LIQUIDATION

245. — La principale difficulté que soulève en ce domaine la détermination de la compétence législative est relative à l'une des modalités que peut revêtir la liquidation : la cession globale de l'actif et du passif de la société.

En droit français, la cession globale de l'actif et du passif est assez rarement utilisée. L'acquéreur n'est réputé avoir pris en

charge le passif social que lorsqu'une clause le stipulant expressément a été insérée dans le contrat. En droit allemand, au contraire, l'admission de la cession de dettes sur le plan général entraîne comme conséquence que le cessionnaire est présumé avoir pris en charge le passif. Une semblable présomption est-elle opposable aux créanciers français d'une société allemande ?

Il faut supposer, pour que le problème se pose, qu'une société allemande ou suisse soit mise en liquidation au lieu du siège social et que, par suite de l'extraterritorialité de la liquidation déclarée au lieu du siège social, la cession consentie par le liquidateur allemand ou suisse englobe tous les éléments d'actif, quelles que soient leur situation et toutes les dettes composant le passif, quel que soit le pays de leur localisation. La cession de dettes est-elle opposable aux créanciers français ?

Si le créancier a accepté la cession et si les parties l'ont soumise expressément à une loi qui en admet la validité, aucun doute n'est possible. Le créancier ne saurait exciper du fait que la loi française ignore la cession de dettes pour prétendre qu'elle lui est inopposable. Dans le silence des parties, les auteurs s'accordent généralement à reconnaître que la cession de dette est soumise à la loi de la dette cédée (1). Toutefois, il faut remarquer que la compétence de la loi de la dette cédée, en tant que loi supplétive, aurait pour conséquence de rendre impossible la cession globale de l'actif et du passif dans l'hypothèse où les lois régissant les diverses dettes de la société n'admettraient pas toutes, sans exception, la validité de la cession de dettes.

C'est pourquoi, comme il ne s'agit pas d'une cession individuelle de chaque dette, mais qu'au contraire les diverses cessions de dettes considérées isolément s'intègrent dans la cession globale de l'ensemble du patrimoine social, il semble préférable d'admettre sur ce point la compétence supplétive de la loi qui régit le patrimoine considéré en tant qu'universalité, c'est-à-dire la loi de la société.

Toutefois, cette solution, dans la mesure où elle fait perdre au créancier social le bénéfice des dispositions de la loi de sa créance, risque de lui être très préjudiciable. C'est ainsi qu'en France la cession du passif social est subordonnée à l'adhésion unanime des

245. — (1) Cf. sur ce point BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 543, p. 437, qui cite notamment un arrêt du Reichsgericht du 17 octobre 1932, qui déclare que la dette cédée reste soumise à son statut originaire, quelle que soit la loi applicable aux relations de l' « Urschuldner » et de l' « Ubernehmer ». V. dans le même sens : NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1392, p. 267. Le droit français ignore la cession de dettes, mais admet la compétence supplétive de la loi de la dette pour régir les opérations techniques au moyen desquelles il parvient à la réaliser indirectement : la novation par changement de débiteur et la délégation.

créanciers sociaux qui n'entraîne pas ipso facto la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien et la libération de la société de ses engagements. Il n'y a pas novation, mais délégation imparfaite, donc adjonction d'un nouveau débiteur à la société, ce qui entraîne une double garantie pour le créancier. Dans la mesure où l'admission en droit allemand de la cession de dette délie la société de ses obligations envers le créancier, ce dernier risque d'être lésé. Ne peut-il pas dans ces conditions, sinon invoquer la compétence normale de la loi française que nous avons écartée, tout au moins invoquer l'ordre public pour refuser de considérer la société comme déliée de ses engagements envers lui en faisant valoir que la loi française n'admet pas la dépersonnalisation totale de l'obligation et ignore la cession de dettes qui est contraire aux principes de base du droit français ?

Le jeu de l'exception d'ordre public pourrait effectivement se justifier si la cession de dette causait aux créanciers un préjudice certain. Or, il n'en est rien, car la garantie constituée par la survivance de l'engagement de la société est le plus souvent illusoire. En effet, comme le font remarquer très justement MM. Pic et Kréher, aussitôt le prix de la vente globale réparti par le liquidateur entre les associés, tout élément d'actif de la société dissoute a disparu, et des deux engagements recueillis par les créanciers, celui de l'acheteur est le seul désormais qui ait de la valeur, l'autre étant devenu illusoire (2).

En ce domaine, il semble donc qu'il faille admettre la compétence supplétive de la loi de la société. Sa compétence est par contre plus discutable lorsque l'on envisage la liquidation normale du passif social, indépendamment de toute cession globale, et que l'on s'attache à déterminer quelle est, dans ce cas, la loi qui doit régir les droits des créanciers sociaux.

205. — (2) PIC *et* KRÉHER, *Traité, Sociétés, t.* I, n° 646 ,p. 654.

Il faut toutefois remarquer qu'en droit interne français, « si la société procède à la cession globale de l'ensemble de son patrimoine sans consulter les créanciers sociaux ou au mépris de l'opposition de certains d'entre eux, la vente globale ainsi réalisée est à considérer comme nulle et non avenue à leur égard. »

Lorsque le liquidateur étranger a procédé à la cession globale de l'actif sans consulter les créanciers français, on envisage difficilement la possibilité pour eux de faire annuler cette cession, si elle est faite conformément à la loi de la liquidation et de retrouver ainsi l'ensemble du gage social. La seule possibilité qui leur est offerte est de demander au Tribunal Français de refuser tout effet à la cession des biens de la société situés en France. Leur gage se trouvera donc, de ce fait, restreint aux éléments de l'actif social situés dans notre pays. Toutefois, leur situation sera moins mauvaise qu'on pourrait le craindre, les biens situés en France constituant dès lors leur gage exclusif, gage sur lequel ils ne subiront pas le concours des créanciers étrangers auxquels la cession globale du patrimoine social demeure opposable.

Section IV

DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX DROITS DES CRÉANCIERS D'UNE SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION

246. — Les droits des créanciers sociaux sont susceptibles de subir une altération du fait de la liquidation de la société débitrice. L'étendue de cette altération étant susceptible de varier suivant le système législatif envisagé, il importe de déterminer quelle est la loi compétente pour régir les droits des créanciers sociaux.

Deux lois peuvent prétendre s'appliquer : la loi de la créance qui peut invoquer une aptitude théorique à régir tous les rapports du créancier et du débiteur, la loi de la liquidation qui peut affirmer sa compétence puisqu'il s'agit de déterminer les effets de la liquidation sur les droits des créanciers.

Aucune hésitation n'est à notre avis possible dans la solution du conflit de lois. Il faut en cette matière attribuer compétence à la loi de la liquidation. Il ne s'agit pas en effet d'apprécier ici les droits des créanciers tels qu'ils résultent de leur titre primitif, mais de voir quelle est la répercussion de la liquidation sur ces droits. Or, c'est incontestablement à la loi de la liquidation qu'il appartient de décider dans quelle mesure il est nécessaire, pour la bonne marche de cette dernière, de modifier les droits des créanciers.

La compétence de la loi de la liquidation s'impose d'autant plus impérativement qu'elle est la seule qui puisse assurer l'égalité entre les créanciers. Cette égalité se trouverait en effet rompue si certains d'entre eux pouvaient bénéficier d'un traitement plus favorable en excipant des dispositions de la loi régissant leur créance.

En pratique, le droit des créanciers subit, dans la législation française, une double altération du fait de la liquidation. Cette dernière emporte, en effet, exigibilité des créances à terme et substitution de la prescription de l'art. 64 du Code de Commerce à la prescription de droit commun. Or, si la compétence de la loi de la liquidation s'impose pour l'exigibilité des créances à terme, son application apparaît beaucoup plus délicate lorsque l'on recherche la solution des conflits de lois relatifs à la prescription des droits des créanciers sociaux. Il convient donc d'étudier séparément les conflits de lois qui se posent dans l'un et l'autre cas, car la solution qui leur sera donnée ne saurait être identique à raison de la nature complexe de la prescription quinquennale de l'art. 64.

A. — *Les conflits de lois relatifs à l'exigibilité des créances à terme*

247. — La liquidation a pour objet de faire apparaître l'actif net qui sera réparti ultérieurement entre les associés. L'actif net ne pouvant apparaître qu'une fois que tous les créanciers sociaux auront été désintéressés, il est nécessaire que la société en liquidation puisse se libérer de l'intégralité de ses dettes.

Cette libération immédiate ne soulève pas de difficultés lorsque l'on se trouve en présence de créances échues. Par contre, dans les créances à terme, le terme stipulé entre le créancier et la société débitrice fait échec au paiement immédiat. Il est donc nécessaire, pour atteindre le but de la liquidation, de faire tomber le terme.

C'est la raison pour laquelle le droit français reconnaît le droit à la société en liquidation d'obliger le créancier à terme à accepter le paiement immédiat (1), et inversement admet, sous certaines réserves, que le créancier à terme peut exiger de la société en liquidation le paiement de sa créance (2).

C'est incontestablement la loi de la liquidation qui est compétente pour décider si la liquidation a pour conséquence de provoquer l'exigibilité des créances à terme. Même si la loi de la créance ne l'admet pas, elle doit ici céder le pas devant la compétence de la loi de la liquidation ; son application empêcherait de mener la liquidation à bonne fin en laissant subsister des dettes à la charge de la société.

C'est donc à la loi de la liquidation de décider si le créancier peut exiger de la société le paiement immédiat et si la société peut l'imposer au créancier à terme. Mais est-elle également compétente pour déterminer le montant de ce paiement anticipé ?

Le conflit peut naître sur ce point entre la loi de la société et la *lex fori,* dans l'hypothèse où la loi du siège social prévoit que le remboursement de la dette de la société devra être calculé sous déduction de l'escompte (3).

Lorsqu'une telle société fait l'objet à l'étranger d'une liquidation locale et que la *lex fori* dispose que le remboursement doit

247. — (1) V. en ce sens Cass. 2 Février 1887 (S. 1888.1.57 ; D. 1887.1.97) ; en doctrine : THALLER et PERCEROU, *Traité,* n° 455. PIC et KRÉHER, *Traité,* t. I, n° 624. Contra : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité,* t. II. n° 409; ARTHUYS, t. II, n° 767.

247. — (2) Cass. 9 Février 1864 (D. 1864.1.72), 24 Novembre 1869 (S. 1870.1.268). Trib. Seine, 26 Décembre 1895 (*Journ. Soc.* 1896, p. 371), cf. en ce sens PIC *et* KRÉHER, n° 655. THALLER et PERCEROU, n° 457. BUCHÈRE, *Situation des créanciers d'une société commerciale en liquidation* (Journ. Soc. 1896, p. 240 et s.). Certains de ces auteurs admettent seulement pour le créancier le droit de demander la consignation de la somme due.

247. — (3) Cf. notamment art. 117 de la loi Belge.

s'effectuer d'après la valeur nominale de l'obligation, on peut se demander si, dans l'intérêt de la société débitrice, la *lex fori* ne doit pas ici trouver une limitation dans la compétence de la loi de la société.

A notre avis, une semblable limitation n'est nullement fondée. En établissant une succursale à l'étranger ou en y faisant des opérations, la société s'est exposée aux risques d'une liquidation locale soumise à la *lex fori*. Elle doit donc en supporter les conséquences. D'autre part, le retour en ce domaine à la compétence de la loi de la société aurait pour conséquence de léser les intérêts des créanciers du pays de la liquidation en leur faisant une situation plus dure que celle qui aurait été la leur si on avait appliqué la *lex fori*.

C'est donc à la *lex fori* qu'appartient en ce domaine la compétence exclusive. Son application se heurte par contre à des obstacles beaucoup plus sérieux lorsqu'elle prétend régir la prescription des actions des créanciers sociaux contre les associés non liquidateurs.

B. — *Les conflits de lois relatifs à la prescription des actions des créanciers sociaux*

248. — C'est en cette matière que le conflit de lois revêt le plus d'intensité et de fréquence, car c'est sur ce point que notre droit des sociétés, en admettant une prescription écourtée, manifeste de la façon la plus nette son particularisme par rapport aux législations étrangères.

Les difficultés de la détermination de la compétence législative ont leur source dans le caractère complexe de la prescription. Il est inutile de retracer les controverses qui opposent les auteurs relativement à la solution des conflits de lois auxquels donne lieu la prescription libératoire. Elles ont été exposés à propos de la prescription de l'action de la société en recouvrement du reliquat du montant nominal des actions non versé lors de la souscription. Il suffit donc de renvoyer aux développements qui leur ont été consacrés et de noter que la jurisprudence française se prononce en faveur de la loi du domicile du débiteur, et que la jurisprudence étrangère admet généralement la compétence de la loi du contrat.

Il faut, au contraire, s'attacher ici à rechercher dans quelle mesure la solution de la compétence législative est susceptible de subir l'influence du caractère très spécial de la prescription envisagée qui a sa source moins dans la créance elle-même que dans la liquidation, car c'est cette dernière qui provoque sur ce point une altération du droit des créanciers.

Dans le but d'éviter aux associés d'être exposés pendant longtemps à des actions de la part des créanciers sociaux, l'art. 64 du Code de Commerce décide que l'action des créanciers contre les associés non liquidateurs se prescrit par cinq ans. La réduction de la durée du délai de prescription étant une conséquence de la liquidation de la société, il semblerait normal d'écarter la compétence de la loi de la société dans les cas où elle ne coïncide pas avec la loi de la liquidation.

Toutefois, cette solution ne serait que partiellement exacte, car la prescription quinquennale de l'art 64 est une conséquence moins de la liquidation que de la dissolution de la société. En effet, elle ne s'applique que lorsque la société liquidée a été préalablement dissoute. Or, la loi de la dissolution est la loi de la société.

D'autre part, la prescription de l'art. 64 du Code de Commerce est soumise à des conditions telles qu'elle est pratiquement inapplicable aux sociétés étrangères faisant des opérations en France. Car elle exige que les formalités de publicité de l'article 61 de la loi de 1867 aient été remplies (1). Or, seules les sociétés françaises y sont assujetties.

Dans ces conditions, l'application de la *lex fori* conduit à admettre en cette matière la prescription trentenaire de droit commun. Cette prescription étant extrêmement dure pour les associés, il serait peut-être préférable de soumettre la prescription à la loi de la société, ce qui permettrait de réduire la durée de la prescription, plusieurs législations ayant calqué la disposition de l'art. 64 du Code de Commerce (2).

Une fois la liquidation terminée, les créanciers qui ont été désintéressés disparaissent. C'est pourquoi, dans le partage, la nécessité d'assurer leur protection n'existant plus, la détermination de la loi applicable peut s'effectuer sur des bases différentes.

---

248. — (1) Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants-cause, sont prescrites cinq ans après la fin de la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution est affiché conformément aux art. 42, 43, 44 à 46 (aujourd'hui art. 61 de la loi 1867) et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.

248. — (2) Codes Allemand (art. 146), Suisse (art. 585), Italien (art. 919), Espagnol (art. 150). Loi Belge de 1873.

CHAPITRE III

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AU PARTAGE DES SOCIÉTÉS

249. — Le partage des sociétés constitue un domaine presque inexploré. En effet, les auteurs de droit interne et, plus encore, les internationalistes le laissent généralement dans l'ombre. Pour les civilistes, l'idée de partage semble indissolument liée à celle de succession ou, à un degré moindre, de communauté conjugale. C'est la raison pour laquelle la doctrine traite toujours du partage à propos des successions, et même les rares auteurs qui, comme M. Dennery, se sont livrés à une étude synthétique du partage en Droit International Privé, ont raisonné essentiellement sur le partage successoral, se bornant à souligner incidemment les traits particuliers du partage des sociétés.

Cette position de l'ensemble de la doctrine est infiniment regrettable, car elle ne se justifie qu'en partie. En effet, si la combinaison des articles 1872 du Code Civil et 28 du Code de Commerce conduit à appliquer aux sociétés commerciales les règles admises pour le partage successoral (1), les différences existant entre l'indivision successorale et la société personne morale ne permettent pas toujours de transposer aux sociétés les règles admises en matière de succession sans leur faire subir un certain nombre de transformations préalables. Une adaptation est souvent nécessaire.

D'ailleurs, le particularisme du partage des sociétés est tel qu'on lui a parfois contesté le caractère de partage. M. Pic notamment a fait remarquer qu'en réalité la répartition de l'actif net entre les différents associés était moins une partage qu'une reprise de leurs apports puisque, sauf convention contraire insérée dans les statuts sociaux, elle s'opérait au prorata des sommes apportées et que les associés ayant effectué des apports en jouissance n'avaient aucun droit sur les biens à partager (2).

249. — (1) L'article 1872 C.C. dispose : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers s'appliquent au partage entre associés ». Cf sur l'interprétation à donner à ce texte : HUMBERT, *De l'application des règles du partage des successions aux autres partages ;* thèse, Paris, 1901.

249. — (2) P. PIC. *Traité théorique et pratique de Droit commercial. Des Sociétés commerciales.* 3e édition 1940, t. I, n° 684, p. 685-686.

A notre avis, le rejet de la notion de partage en tant que qualification de la répartition de l'actif net entre les associés est inexact. En effet, l'associé ne reprend exactement son apport que dans la mesure où la société n'a pas prospéré. Dans le cas contraire, il reprend cet apport grossi des bénéfices non distribués et des réserves. La règle de la proportionnalité des parts aux apports n'a d'ailleurs rien de nécessaire. Les associés peuvent l'écarter par une clause contraire, et même lorsqu'elle s'applique, elle peut parfaitement s'analyser en une règle de calcul des parts qui n'est aucunement exclusive de la notion de partage.

Mais, même considéré comme un véritable partage, le partage de sociétés se distingue très nettement du partage successoral, car il ne présente qu'un des deux aspects que revêt ce dernier.

En effet, le partage successoral est une institution de caractère hybride qui se rattache à la foi au droit de la propriété et aux règles de dévolution. Il touche à la propriété privée dans la mesure où, mettant fin à l'indivision, il a pour effet de substituer à la propriété collective un régime de propriété individuelle. Chacun des co-partageants abandonne la quote-part théorique qu'il possède sur l'ensemble des biens de la succession et acquiert en remplacement un droit de propriété individuel et concret sur les biens mis dans son lot. Mais le partage successoral touche aussi aux règles de dévolution. En effet, si son résultat est la substitution de la propriété individuelle à la propriété collective, ce résultat n'est atteint que par la détermination des biens qui feront l'objet de la propriété individuelle de chacun des co-partageants. Aussi, considéré en tant qu'opération juridique, le partage consiste essentiellement dans la confection des lots (3).

Or, le partage des sociétés présente seulement le second de ces deux aspects. En effet, il ne met pas fin à l'indivision puisqu'il est admis en droit français que la personnalité morale de la société survit à la dissolution de cette dernière pour les besoins de la liquidation. En conséquence, la société demeurant en tant qu'entité juridique dotée de la personnalité morale, seule propriétaire de l'ensemble des biens sociaux jusqu'au partage, celui-ci ne fait que substituer une propriété individuelle à une autre, celle des co-partageants à celle de l'être moral.

Toutefois, cette divergence n'est réelle que dans une certaine mesure et l'on peut dire qu'en droit interne elle subit une atténua-

249. — (3) Sur la distinction du partage considéré en tant que résultat et en tant qu'opération juridique, v. R. DENNERY, *Le Partage en Droit International Privé Français*, thèse, Paris 1935, p. 8.

tion assez considérable par suite de l'effet déclaratif du partage (4). La période intermédiaire qui expire au jour du partage et qui remonte dans l'hypothèse de succession au décès du de cujus et dans celle de société à la dissolution de cette dernière, est censée ne jamais avoir existé, chaque co-partageant étant réputé rétroactivement propriétaire des biens mis dans son lot depuis l'ouverture de la succession ou la dissolution de la société. Logiquement, du moment que l'on admet la survivance de la personne morale, on ne devrait pas après coup l'annuler rétroactivement. Cette solution ne se justifie que si l'on considère que le maintien de l'être moral est uniquement conçu dans le but de faciliter la liquidation. Quoi qu'il en soit, dans les deux hypothèses, si l'on s'attache au résultat du partage, la divergence disparaît, car les co-partageants tiennent toujours leur propriété soit du de sujus, soit de la société, c'est-à-dire d'un sujet de droit unique et non des partageants co-indivisaires.

Sous ces réserves qui affectent d'ailleurs plus le droit interne que le droit international, il faut reconnaître que le partage de société ne revêt pas le même caractère hybride que ses congénères et qu'il touche de beaucoup plus près aux règles de dévolution qu'au régime de propriété. Le problème du conflit de lois s'en trouve considérablement simplifié.

En effet, une des principales difficultés que fait naître le partage successoral au point de vue de la détermination de la loi applicable tient à la dualité d'aspects qu'il offre, chacun d'eux réclamant l'application d'une loi différente : la *lex rei sitæ* dans la mesure où le partage touche au régime des biens, la loi de la masse indivise dans la mesure où il s'intègre dans le droit successoral. Aussi le problème de conflit de lois se complique toujours d'un conflit de qualifications préalable : il faut déterminer la catégorie juridique dans laquelle entre le rapport de droit afin de lui appliquer la loi rationnellement compétente.

Le partage de société présentant un aspect unique, il est inutile de se préoccuper de la répartition des compétences respectives de la *lex rei sitæ* et de la loi de masse indivise. Une seule loi est applicable à l'ensemble du partage : la loi de la société.

Mais il serait vain de croire que l'affirmation de cette compétence de principe est de nature à faire disparaître toutes les difficultés soulevées par les conflits de lois relatifs au partage. En effet, la portée de cette compétence a été souvent discutée. Certains auteurs se refusent à appliquer la loi de la société au partage

249. — (4) La Jurisprudence applique l'effet déclaratif du partage au partage de société : Cass. 10 Nov. 1869 (D.P. 1869.1.501), 8 Févr. 1882 (S. 1882. 1.221), 9 Mars 1886 (S. 88.1.241. Note Labbé); 23 Juillet 1912 (D. 1914.1.30).

amiable. D'autres, comme M. Bartin, n'admettent même pas qu'elle puisse régir l'ensemble du régime du partage, que ce dernier soit amiable ou judiciaire. Enfin, même si l'on rejette ces deux conceptions, le principe de compétence de la loi de la société ne peut être considéré comme un dogme intangible. Parmi les différentes opérations juridiques qu'englobe le partage, certaines peuvent s'accommoder difficilement de cette compétence législative. C'est pourquoi, après avoir démontré que la loi de la société devait être la loi du partage, il faudra démonter en quelque sorte le mécanisme du partage afin de préciser la portée exacte du principe que nous venons d'énoncer.

Section I

DU PRINCIPE QUE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ EST LA LOI DU PARTAGE

250. — Jusqu'à une époque récente, le principe de la compétence de la loi de la société en matière de partage n'avait guère trouvé de détracteurs pour le partage judiciaire, et la controverse était réduite au partage amiable. En effet, à raison du caractère contractuel du partage amiable, une fraction de la doctrine et certains arrêts de jurisprudence refusent d'admettre sa validité en cette matière. D'autre part, M. Bartin scinde en deux le partage amiable comme le partage judiciaire et n'admet la compétence de la loi de la société que pour l'une des deux catégories d'opérations qu'il a ainsi dégagées. Mais, récemment, M. Niboyet est allé plus loin et, poussant très loin ses conceptions territoriales, a déclaré que le partage devait, quels que soient sa forme et son objet, être soumis à la *lex rei sitæ*. Ce sont ces théories originales qui méritent de retenir notre attention, car c'est à la lumière des systèmes ainsi présentés que nous pourrons nous convaincre du bien-fondé de la compétence de la loi de la société.

I. — *Conception soumettant le partage amiable à la loi d'autonomie*

Il est universellement reconnu que le partage amiable admis en matière de succession doit l'être également en matière de sociétés. Si tous les associés sont d'accord, il n'y a en effet aucune raison de les contraindre à s'adresser aux tribunaux. Il suffira qu'une convention constate leur accord. Certains auteurs, partant de l'idée que la convention de partage amiable ne différait en rien d'un contrat ordinaire, en ont conclu qu'elle devait être soumise au régime des

contrats, c'est-à-dire à la loi d'autonomie. Au cas de volonté non exprimée des parties, on soumettrait le partage amiable, soit à la loi du lieu de constitution, soit à celle du lieu d'exécution du contrat (1).

La jurisprudence française se montre en général opposée à la loi d'autonomie. Toutefois, quelques arrêts se prononcent en sa faveur. Une des rares décisions relatives au partage des sociétés semble en particulier s'y être référée. C'est l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 11 juillet 1928 (2).

Deux Espagnols, March et Garan, avaient constitué une société en nom collectif ayant son siège à Alger pour l'exploitation et la vente des tabacs d'Algérie. Puis, par acte notarié intervenu à Palma (Espagne), cette société fut dissoute, avec stipulation que March deviendrait propriétaire de la totalité de l'actif à charge de liquider le passif. March ayant, en exécution de cet acte, engagé devant le tribunal d'Alger une instance afin d'être mis en possession des marchandises constituant l'actif social qui lui avait été cédé, Garan, défendeur à l'instance, se porta en appel reconventionnellement demandeur en prétendant que l'acte qui avait attribué à March la totalité de l'actif social devait être rescindé pour lésion de plus du quart. March fit valoir en faveur de la validité de l'acte qu'il avait été passé en Espagne, entre deux parties de nationalité espagnole, et qu'en conséquence il devait être soumis à la loi de ce dernier pays. Or, d'après la loi espagnole, l'acte était valable puisque cette loi soumet l'action en rescision à une prescription de quatre ans, délai qui s'était écoulé depuis la passation de l'acte. La Cour d'Aix, statuant en appel, admit l'application de la loi française. La Cour de Cassation rejeta le pourvoi en reprenant les principaux attendus de l'arrêt de la Cour d'Aix et en se retranchant derrière l'interprétation de volonté des juges du fond. Toutefois, en dépit de cet effacement, l'arrêt de la Chambre civile contient un attendu assez troublant. La Cour suprême remarque, en effet, que les juges du fond ont souverainement constaté que les deux parties avaient entendu se référer à la loi française. La compétence de la loi française se fonderait donc sur le fait, non pas qu'elle est la loi de la société, mais qu'elle a été choisie par les parties, et qu'à titre de loi d'autonomie, elle doit être considérée comme la loi du partage.

Faut-il déduire de cet arrêt que la Cour de Cassation fait application au partage amiable de la théorie de l'autonomie de la volonté ? Il ne le semble pas. En effet, M. Niboyet a fait très jus-

250. — (1) V. en ce sens : WEISS, *Traité de Droit Intern. Privé*, t. IV, 2e éd. 1912, p. 692. CHAMPCOMMUNAL, *Etude sur la succession ab intestat en Droit International Privé*, Paris, 1892.

250. — (2) S. 1930.1.218 note Niboyet.

tement remarquer que l'arrêt du 11 juillet 1928 ne donne aucune solution de principe et qu'il ne présente de ce fait qu'un intérêt relatif du point de vue doctrinal, tout au moins quant à la détermination de la loi du partage (3). La Cour de Cassation n'était pas obligée de choisir entre la loi d'autonomie et la loi de la société puisque, dans les deux cas, la loi compétente se trouvait être la loi française. Dans ces conditions, la Cour suprême, selon son habitude, s'est bien gardée de donner une solution qu'on ne lui demandait pas directement et s'est contentée d'affirmer la compétence de la loi française. Tout au plus pourrait-on voir dans l'attendu que nous avons relevé l'expression d'un certain penchant en faveur de la loi d'autonomie. Mais il serait, à notre sens, téméraire de vouloir tirer de cette phrase unique des conclusions définitives, d'autant plus que, comme nous l'avons noté, on arrivait toujours à la compétence de la loi française quelle que fût la solution adoptée en l'espèce. Toutefois, un rapprochement avec d'autres décisions (4) (5), rendues à propos du partage successoral permet d'affirmer qu'il existe dans la jurisprudence française une tendance favorable à la compétence de la loi d'autonomie. C'est ainsi que le Tribunal Civil, puis la Cour d'Appel de Rabat ont affirmé que le partage amiable était tout à fait étranger au statut successoral et qu'il se rattachait au droit des contrats. Ils ont admis en conséquence la validité des dérogations apportées par les héritiers co-partageants au jeu normal des règles de dévolution de la loi de la masse indivise, et ont reconnu le caractère d'action personnelle mobilière au recours intenté par les héritiers pour obtenir le respect du partage amiable. La Cour d'Orléans, dans son arrêt du 29 avril 1928, a également affirmé sans ambages la compétence de la loi d'autonomie (5).

Cette position prise par une fraction de notre jurisprudence a fait l'objet de critiques très vives de la part de M. Niboyet et de M. Dennery (6).

250. — (3) En effet, nous aurons l'occasion de revenir sur cette décision qui est beaucoup plus intéressante dans la mesure où elle résout le conflit de lois relatif à la rescision pour lésion du partage.

250. — (4) Tribunal civil de Rabat, 24 avril 1918 (Revue Algérienne 1922-1923.2.243, note Audinet) ; Cour de Rabat, 12 novembre 1924 (Clunet 1926, p. 438).

250. — (5) Cour d'Appel d'Orléans, 29 avril 1928 (S. 1929.2.33 note Audinet ; Revue de Dr. Intern. 1929, p. 643, note Niboyet). Cet arrêt est l'une des nombreuses décisions rendues à propos de la célèbre affaire du château de Chambord. La Cour d'Orléans y affirme de façon catégorique la compétence de la loi d'autonomie en matière de partage amiable : « Le partage volontaire constituant un véritable contrat par lequel les parties substituent la propriété individuelle à la propriété collective, il faut pour déterminer la valeur et les effets de ce partage appliquer la loi à laquelle les parties se sont référées... »

250. — (6) NIBOYET, note au S. 1930.1.218 précitée ; DENNERY, *op. cit.*, p. 112-117.

Envisageant l'application de la loi d'autonomie au partage successoral, M. Dennery s'élève contre elle. En effet, si le partage amiable présente par certains de ses traits l'aspect d'un contrat, il ne doit pas être pour autant assimilé aux contrats ordinaires dont il est très différent. « La convention de partage, déclare M. Dennery, présente ceci de particulier que les parties se trouvent liées les unes aux autres par des rapports juridiques préétablis : ce sont les droits et obligations que la loi attache à l'état d'indivision. Une loi que les parties ne choisissent pas fixe la mesure des droits de chacun : la loi de dévolution est une loi impérative à laquelle elles ne peuvent déroger. » En conséquence, M. Dennery estime que, non seulement les parties ne peuvent déterminer à leur gré la mesure de leurs droits héréditaires (7), mais encore qu'elles ne peuvent dans les règles du partage lui-même écarter ni la loi de l'indivision (*lex rei sitæ*), ni la loi de dévolution, loi de la masse indivise. Etendant au partage de sociétés cette solution, M. Dennery affirme qu'en cette matière la confection des parts est impérativement régie par la loi de la masse indivise, qui est ici la loi de la société.

Cette solution nous semble parfaitement rationnelle. En effet, le partage de société se distingue tout autant d'un contrat ordinaire que le partage successoral : il existe également entre les co-partageants des rapports juridiques préexistants qui sont au moins aussi forts que ceux établis en matière de succession puisqu'ils ont leur source non dans l'indivision, état inorganique, mais dans la société elle-même. D'autre part, si, au moment de la rédaction des statuts sociaux, les associés insèrent des clauses relatives au partage ultérieur des biens sociaux, ils doivent se conformer aux dispositions de la loi de la société. Leur autonomie se trouve donc limitée à la latitude qui leur est laissée par la loi du siège social. Il n'y a aucune raison de leur accorder une liberté plus grande au moment du partage que lors de la constitution de la société.

C'est pourquoi une distinction au point de vue de la loi applicable entre le partage amiable et le partage judiciaire semble inutile, car elle ne repose sur aucune raison sérieuse. En est-il de même de la scission du partage proposée par M. Bartin ?

II. — *Le système de M. Bartin : la distinction de l'égalité des droits et de l'égalité des lots envisagée en tant que critère de détermination de la compétence législative.*

251. — Il est traditionnel de dire que l'égalité est l'âme des partages. Pour assurer une égalité effective, il faut prendre une

250. — (7) Contra : Cour de Naples 23 juin 1924, Giurisprudenza Italiana 1925, 1.2.375; Trib. Rabat 24 avril 1918, précité.

double série de mesures se plaçant à deux moments différents du partage. Les premières tendent à assurer l'égalité dans la composition de la masse partageable, les secondes l'égalité dans la répartition de ces masses. Dans la première catégorie, on peut ranger les rapports et prélèvements ; dans la seconde, les règles relatives à la composition des lots, les recours en garanties, la rescision pour lésion. Fidèle à sa méthode, M. Bartin a projeté sur le plan international la distinction qu'il avait dégagée en droit interne et en a conclu à la compétence d'une loi différente pour chacune de ces deux catégories de mesures.

Tandis que pour les premières la loi de la masse indivise serait compétente, pour les secondes au contraire il faudrait toujours se référer à la *lex rei sitæ*. M. Bartin va même plus loin, puisqu'au cas de partage judiciaire de biens situés en France, il admet que l'ensemble du partage doit être soumis à la loi française, loi de situation, même si la loi de la masse indivise est étrangère (1).

La conception de M. Bartin a fait l'objet de critiques très vives (2). Sur le plan du partage en général, on lui a reproché d'appliquer la *lex rei sitæ* à l'égalité des lots. On voit assez mal en effet comment, au cas de biens situés dans des pays différents, on pourra soumettre la composition des lots à la *lex rei sitæ*, à moins d'admettre l'existence d'autant de partages différents qu'il y a de pays intéressés. D'autre part, les règles qui président à la composition des lots n'ont que des rapports très lointains avec le régime de l'indivision et ont bien plutôt pour objet d'assurer l'équité de la dévolution (3).

Toutefois, ce système nous semble renfermer une part de vérité, notamment en matière de partage successoral. En effet, même les auteurs qui lui adressent les critiques les plus vives reconnaissent que la protection des tiers peut conduire à appliquer la *lex rei sitæ* ou tout au moins à n'admettre la compétence de la loi de la masse indivise que dans la mesure où ses dispositions ne sont pas en contradiction avec celles de la *lex rei sitæ*. Toutefois, le domaine d'application de cette dernière loi doit demeurer exceptionnel. Le principal reproche que l'on peut faire à M. Bartin sur ce point est

l'égalité dans la composition de la masse partageable et de l'égalité dans la répartition de cette masse : note au D. 1899.2.81; sur la projection de cette distinction sur le plan international : Cours de Droit International Privé professé à la Faculté de Droit de Paris, année 1930-31, partie spéciale : L'empire de la Lex rei sitæ.

251. — (2) DENNERY, *op. cit.*, p. 23-24. Notons d'ailleurs que pour les successions immobilières, la loi de la succession étant la Lex rei sitæ les deux conceptions se rejoignent dans leur résultat.

251. —(3) DENNERY, *op. cit.*, p. 23-24.

donc d'avoir trop généralisé la compétence de la *lex rei sitæ* en l'érigeant à la hauteur d'un principe alors qu'elle devrait conserver un caractère exceptionnel.

Ces différentes remarques étant faites sur le plan du partage en général, il convient de remarquer qu'en matière de sociétés le problème se pose sous un jour différent et qu'en conséquence la distinction faite par M. Bartin nous semble injustifiée. En effet, la survivance de la personnalité morale de la société jusqu'au jour du partage a pour effet de supprimer pratiquement l'indivision. Or, l'indivision constituait le fondement principal de la théorie de M. Bartin. Il semble d'ailleurs que l'éminent auteur n'ait pas envisagé l'application du système qu'il préconisait au partage de la société et se soit surtout attaché au partage successoral. Sans doute, en matière de sociétés on pourrait bien fonder la compétence de la *lex rei sitæ* sur le lien qui existe entre le partage et le régime des biens, mais on risquerait de porter atteinte par l'application de plusieurs lois à l'unité du patrimoine social qui subsiste jusqu'au partage.

C'est cependant vers la *lex rei sitæ* que se tourne M. Niboyet. Fidèle à ses conceptions territorialistes, l'éminent professeur de la Faculté de Paris vient de porter à la loi de la masse indivise un des coups les plus rudes qu'elle ait jamais reçu en doctrine en l'écartant purement et simplement du partage (4).

III. — *Théorie de M. Niboyet : compétence de principe de la « lex rei sitæ »*

252. — Dans le tome IV de son Traité de Droit International Privé Français, M. Niboyet, se fondant sur le fait que le partage met fin à l'indivision et est de ce fait étroitement lié au régime des biens, qu'il soit judiciaire ou amiable, estime que l'ensemble du partage doit être soumis à la *lex rei sitæ* (1).

Le partage judiciaire est si intimement lié à la situation des immeubles et aux pouvoirs des autorités territoriales qualifiées pour y procéder que la *lex rei sitæ* doit le régir intégralement dans tous ses éléments. Seule échappe à la compétence de la loi du lieu de situation la capacité des co-partageants qui ressortit à leur statut personnel.

251. — (4) Les deux systèmes que nous venons d'analyser réalisaient un compromis entre la loi de la masse indivise et la Lex rei sitæ en donnant à chacune d'entre elles un certain domaine d'application. Le système de M. Niboyet est beaucoup plus net puisqu'il tend à faire de la Lex rei sitæ la loi du partage et à admettre sa compétence à peu près exclusive.

252. — (1) NIBOYET, *Traité*, t. IV, Sirey 1947, n° 1167, p. 274-279; n° 1355, p. 887 et s.

Lorsque le partage est amiable, M. Niboyet ne pense pas qu'il faille pour autant abandonner la compétence de la *lex rei sitæ* qui demeure seule qualifiée pour régir les conditions du partage. L'autonomie qui est fréquemment laissée par la jurisprudence française aux co-partageants dans le choix de la loi applicable s'explique en fonction de la *lex rei sitæ*. Les co-partageants de biens situés en France doivent nécessairement se référer à cette dernière loi. Or, l'article 819 du Code Civil que l'on étend aux sociétés se montre d'un très grand libéralisme et admet la validité d'une simple convention de partage. Ce libéralisme qui se manifeste dans l'ordre interne doit avoir pour conséquence sur le plan international la validité en France d'une convention amiable de partage faite en pays étranger et soumise à la loi étrangère, puisque les co-partageants, en adoptant la loi étrangère, n'ont fait qu'user de la liberté qui leur est reconnue en matière de contrats. « La *lex rei sitæ*, déclare M. Niboyet, est ici, en matière de partage, aussi facile qu'elle l'est également pour la transmission de la propriété ; elle ne formule que la condition abstraite de l'existence d'une convention de partage, et cette dernière obéit pour le reste aux règles qui lui sont propres. » (2).

De prime abord, il pourrait sembler que, dans le système de M. Niboyet, le rôle de la *lex rei sitæ* est analogue à celui d'une loi de qualification. Il y aurait deux qualifications successives : une première opérée sous l'empire de la *lex fori* consisterait à déterminer si l'on est en présence d'un partage. Une seconde qualification donnée par la *lex rei sitæ* permettrait de déceler si l'on est en présence d'un partage amiable, d'une véritable convention de partage. Si la réponse est affirmative, on appliquera en droit international comme en droit interne le régime adopté en matière de contrat, ce qui conduira à admettre la validité du partage amiable régi par une loi étrangère, loi d'autonomie.

Une semblable analyse ne refléterait cependant pas fidèlement la pensée de M. Niboyet. L'éminent auteur considère en effet que la qualification de la nature du partage est du ressort de la *lex fori* (3) et voit dans la *lex rei sitae* autre chose qu'une loi de qualification. En effet, d'après lui, non seulement la loi de situation des biens doit régir le caractère abstrait de la convention, mais elle demeure compétente pour dicter les conditions inhérentes au partage, telles que le principe de l'égalité des partages. En somme M. Niboyet semble distinguer implicitement l'obligation qui naît de la convention et qui, par suite du libéralisme de la *lex rei sitae* peut

252. — (2) NIBOYET, *op. cit.*, n° 1167, p. 275-276.
252. — (3) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1358, p. 890-891.

être soumise à la loi que les parties ont choisie, loi qui, conformément aux dispositions de l'art. 1138 C. C., peut s'étendre à l'effet réel de la convention et les règles techniques du partage qui restent les mêmes quelle que soit la nature de ce dernier et qui doivent nécssairement être conformes aux exigences de la *lex rei sitae* (4).

Nous ne pensons pas que la solution préconisée par M. Niboyet soit susceptible de donner en matière de partage de sociétés des résultats satisfaisants. En effet, l'éminent auteur fonde la compétence générale de la *lex rei sitae* sur le lien étroit qui unit le partage au régime des biens. Ce lien nous semble résider dans le partage successoral et le partage de communauté dans le fait qu'une grande partie des règles relatives à ces deux partages ont pour objet de déterminer les conditions de cessation de l'indivision et de résoudre les difficultés qui sont afférentes à la substitution de propriétés individuelles à la propriété collective préexistante. Or, comme nous l'avons montré, il n'y a rien de tel en matière de sociétés par suite de la survivance de la personnalité morale. D'autre part, la compétence de la *lex rei sitae* nous semble présenter surtout de l'intérêt pour les immeubles. Or, en matière de sociétés, l'actif social pourra certes comprendre des biens immobiliers, mais le plus souvent le partage sera précédé d'une licitation ayant pour objet d'obtenir la réalisation des immeubles de telle sorte que c'est finalement en une répartition de somme d'argent que résidera le partage, c'est-à-dire en une répartition de valeurs dont la localisation dans l'espace sera le plus souvent fictive et ne pourra guère s'effectuer qu'au siège social de la société dissoute. Peut-on parler dans ce cas d'un lien territorial justifiant la compétence de la *lex rei sitae ?*

253. — A notre sens, il faut répondre par la négative. Sans aller comme le fait M. Pic (1) jusqu'à dénier au partage de sociétés le caryactère de partage, on est bien obligé de reconnaître qu'il est beaucoup plus proche du droit des sociétés que du régime des biens. Il faut pour lui conférer sa nature propre le replacer dans son cadre : or, il apparaît comme la continuation et le dénouement logique de la dissolution et de la liquidation, comme l'aboutissement inévitable, à une échéance plus ou moins éloignée, de la vie de la société. La compétence de principe de la *lex rei sitae* conduit à isoler le partage de la société et à ne pas voir en lui ce qu'il est réellement, le fractionnement d'un patrimoine social qui est le fruit

252. — (4) La Cour de Cassation est arrivée parfois à soumettre l'ensemble d'un partage comprenant des biens français à la loi étrangère : Cass. Civ. 13 avril 1932 (S. 1932.1.361, note E. Audinet; D. 1932.1.89, note Basdevant; Clunet 1932, p. 997; Revue de Droit Intern. 1932, p. 549, avec les conclusions du Procureur général Matter).

253. — (1) Cf. supra, n° 249.

de l'activité de la société qui a fait prospérer les apports des associés, l'ultime opération qui met fin à l'activité sociale. Dans le partage, il faudra souvent tenir compte des dispositions insérées dans les statuts sociaux. Or, ces clauses ont été rédigées sous l'empire de la loi de la société. Si l'on soumet le partage à la *lex rei sitae,* on sera donc obligé de tenir compte de deux lois différentes qui peuvent se contredire. D'autre part, il arrivera fréquemment, surtout dans les grandes sociétés, que le patrimoine à partager sera réparti entre différents pays. L'admission de la *lex rei sitae* conduira nécessairement à fractionner le partage. On tiendra compte uniquement de la localisation territoriale des différents biens envisagés *ut singuli* sans s'attacher au fait que, puisque la personne morale existe toujours, ils demeurent les éléments d'un seul et même patrimoine. On peut comprendre que l'on rejette l'unité du patrimoine indivis par suite de la défiance du droit français à l'égard de l'indivision, état inorganique. On le comprend beaucoup moins bien lorsqu'il s'agit d'une société personne morale qui est demeurée organisée pendant la dissolution sur les bases qui ont toujours été les siennes. On ne pourrait concevoir l'application généralisée de la *lex rei sitae* que pour le partage de sociétés nulles. Mais là encore la théorie des sociétés de fait qui a conduit à leur conférer une véritable personnalité morale de fait pour les besoins de la liquidation doit nous conduire à écarter la *lex rei sitae* en tant que principe général de compétence.

C'est pourquoi demeurant fidèles aux principes que nous avons posés au début de cet ouvrage et qui nous conduisent à admettre, dans un désir d'unité législative, la compétence de la loi de la société, toutes les fois qu'un obstacle majeur ne vient pas en rendre l'application impossible, nous pensons que c'est à la loi du siège social qu'il appartient de régir le partage. Nous nous écartons peut-être par là d'une solution spécifiquement territoriale, mais nous ne pensons pas qu'il puisse en résulter quelque dommage pour l'intérêt national, car lorsque la loi de la société normalement compétente consacrera une solution contraire à l'équité ou aux conceptions traditionnelles françaises, le juge français aura toujours la possibilité de revenir à la compétence extraordinaire de la *lex fori* par le jeu de l'exception d'ordre public (2).

D'ailleurs l'affirmation de la compétence de principe de la loi de la société ne saurait être l'expression d'une exclusive jetée contre la *lex rei sitae* en matière de partage. Lorsque la protection des tiers l'exigera, il faudra faire appel à la loi de lieu de situation

253. — (2) V. en faveur de la compétence de la loi de la société : NIBOYET, note au S. 1930.1.218; DENNERY, *op. cit.*, p. 22.

pour régir certaines opérations du partage. Dans quelle mesure devra-t-on recourir à la *lex rei sitae*, à la loi nationale des co-partageants, à la loi d'autonomie et apporter ainsi des exceptions au principe de compétence de la loi de la société ? Seule une étude détaillée du mécanisme du partage et des différentes opérations qui composent cette institution complexe peut nous permettre de le découvrir et de préciser par là-même la portée du principe de compétence législative que nous avons énoncé.

Section II

PORTÉE DU PRINCIPE DE COMPETENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

254. — Le premier problème qu'ait à résoudre le juge français lorsque la règle de conflit de juridictions lui a attribué compétence est un problème de qualification ; il lui faut déterminer si l'espèce qui lui est soumise est bien relative à un partage, et si ce partage est amiable ou judiciaire. La question se pose alors de savoir sur quelle loi il doit se fonder pour qualifier l'institution (1). C'est surtout au sujet de la distinction du partage amiable et du partage judiciaire que la détermination de la loi appelée à régir la qualification présente de l'intérêt. En effet, il peut se faire qu'une forme de partage considérée comme amiable par la loi de la société soit classée, par la loi française, dans la catégorie des partages judiciaires.

La question doit être à notre avis résolue par l'application des principes généraux admis en matière de qualification. Il faut donc admettre la compétence de la *lex fori* (2), aucune raison sérieuse ne justifiant une dérogation aux règles traditionnelles de solution du conflit de qualifications (3). En matière de partage de sociétés, il est difficile de se faire une opinion de la position de la jurisprudence sur ce point, car les arrêts n'apportent aucun éclaircissement. Dans l'affaire March et Garan, la Cour d'Aix, puis la Cour de Cassation, ont même pratiquement escamoté le problème de qualification, car elles n'ont pas indiqué la loi à laquelle elles se référaient pour

254. — (1) La qualification ne revêt d'ailleurs le caractère d'une véritable qualification de droit international privé que si la détermination de la loi compétente en dépend.

254. — (2) Par qualification du partage, nous entendons la constatation de la forme dans laquelle il est intervenu, et non la détermination des conditions dans lesquelles on peut procéder valablement à un partage amiable. Cette dernière question relève, à notre avis, de la compétence de la loi de la société.

254. — (3) V. en ce sens : Niboyet, *Traité*, t. IV, n° 1358, p. 890-891 ; Bartin, *Principes*, t. III, § 437.

qualifier l'institution dont l'examen leur était soumis. Pourtant, le problème de qualification se posait en des termes particulièrement nets : Garan, en effet, prétendait que la convention qu'il avait passée avec son associé March, et qui prévoyait, outre la dissolution de la société, l'attribution à March de la totalité de l'actif social, à charge d'en payer les dettes, était un partage et demandait, en conséquence, la rescision pour lésion de plus du quart. March alléguait, au contraire, que la convention n'était pas un partage, mais un contrat aléatoire qui demeurait valable, la rescision pour lésion étant évidemment inapplicable aux contrats aléatoires. La Cour d'Aix admit la lésion en se fondant sur le fait que « l'acte litigieux était bien un acte de partage et non pas un contrat aléatoire ». Mais elle n'apporta aucune justification à l'appui de sa solution, et surtout n'indiqua pas en vertu de quelle loi elle avait qualifié d'acte de partage la convention incriminée. Sans doute, en l'occurence, la *lex fori,* la *lex rei sitae* et la loi de la société coïncidaient. Il n'en demeure pas moins que, s'il est vraisemblable que la Cour d'Aix s'est référée à la loi française pour donner la solution du conflit de qualification, nous ignorons à quel titre, d'après elle, la loi française était compétente. Cette lacune, jointe à l'absence de motifs, a d'ailleurs valu à l'arrêt de la Cour d'Aix d'être cassé par la Cour Suprême, du moins quant au chef relatif au caractère aléatoire de l'acte. La Cour de Cassation s'est d'ailleurs bornée à renvoyer devant la Cour de Montpellier sans donner plus de précisions (4).

En matière de partage successoral la Cour Suprême s'est montrée moins laconique et c'est en vertu de la *lex fori* qu'elle a qualifié d'amiable le partage intervenu à Vienne entre les héritiers d'une succession dans laquelle était inclus le château de Chambord (5). Cette solution admise pour le partage de succession doit être étendue au partage de société, le problème de qualification se posant de la même façon quelle que soit l'origine du partage.

Une fois le problème de qualification résolu et l'opération litigieuse reconnue être un partage, un certain nombre de questions de conflit de lois se posent relativement, d'une part, aux conditions de forme, d'autre part, aux conditions de fond et enfin aux effets du partage.

A. — *La loi applicable aux conditions de forme du partage*

255. — Relativement à la forme du partage, il faut distinguer le conflit de lois du conflit de qualification. La qualification ne

254. — (4) Cass. Civ. 11 juillet 1928 précité.

254. — (5) Cass. Civ. 13 avril 1932 précité. V. dans le même sens : Cass. Civ. 22 octobre 1913 (S. 1918-19.1-61 ; D. 1921.1.219 ; Revue de Droit International 1914, p. 139).

soulève pas en cette matière de difficultés. Elle consiste à rechercher si la condition dont l'examen s'impose au juge rentre dans la catégorie des conditions de fond ou dans celle des conditions de forme. La répartition entre le fond et la forme pouvant ne pas être conçue de façon identique dans les différents droits, il est d'un intérêt certain de déterminer la loi qui fixera le critère de discrimination. A ce sujet aucune hésitation n'est possible. Il faut appliquer les règles classiques de solution des conflits de qualifications. C'est donc la *lex fori* qui sera compétente.

Indépendamment de ce problème de qualification, un double conflit de lois réclame une solution. Il faut tout d'abord déterminer la loi qui fixera le principe de la forme du partage, qui décidera par conséquent s'il doit être amiable ou judiciaire. Il faut ensuite entrer dans la réglementation des formes du partage elles-mêmes et rechercher la loi qui doit les régir.

La recherche de la loi déterminant si le partage doit être amiable ou judiciaire ne présente de l'intérêt que dans la mesure où les différents systèmes juridiques consacrent sur ce point des solutions différentes, ce qui est assez rare. En effet, toutes les législations admettent la possibilité de partage amiable lorsque tous les associés sont d'accord et exigent au contraire au cas de désaccord l'intervention du tribunal. Toutefois, le droit français exige dans certaines hypothèses le partage judiciaire nonobstant l'accord des associés. Il en est ainsi lorsque parmi eux figurent des absents ou des incapables (mineurs, interdits). Les auteurs sont en effet d'accord sur ce point pour étendre aux sociétés les règles admises en matière de partage successoral (1).

Lorsque l'exigence d'un partage judiciaire a sa source dans un désaccord des associés, deux lois peuvent prétendre s'appliquer : la *lex rei sitae* et la loi de la société. C'est à cette dernière que vont nos préférences, car elle permet d'assurer l'unité de forme du partage. Son application ne soulève d'ailleurs pas de difficultés pratiques. Il n'en serait autrement que dans l'hypothèse bien improbable où la loi du juge saisi ne connaîtrait pas la forme de partage exigée par la loi de la société normalement compétente. Le tribunal devrait dans ce cas revenir à la compétence exceptionnelle de la *lex fori* sur le fondement de l'ordre public (2).

255. — (1) Cf. LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 415; PIC, *Traité, Sociétés commerciales*, t. I, n° 676, p. 678-679; HOUPIN, t. I, n° 159.

255. — (2) Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point en matière de partage de sociétés. En matière de partage successoral les tribunaux sont indécis. L'arrêt de Cassation du 13 avril 1932 se réfère à la loi française sans indiquer à quel titre il la juge compétente. Comme il s'agissait en l'espèce d'une succession immobilière, la loi française était à la fois loi de la succession et loi de situation des biens.

Lorsque l'existence d'un partage judiciaire provient de l'absence ou de l'incapacité de l'un des associés le problème de conflit de lois apparaît sous un jour très différent par suite de l'apparition d'une loi nouvelle ; la loi qui régit le statut personnel de l'incapable ou de l'absent et qui tend à le protéger. Il semble que dans ce cas, il faille prendre en considération la loi nationale de l'incapable pour apprécier s'il y a lieu d'exiger le partage judiciaire. En effet, ce dernier a pour but de protéger l'incapable ou l'absent. Si la loi personnelle de l'associé ne juge pas cette précaution nécessaire, il n'y a aucune raison de se montrer plus exigent qu'elle. Toutefois, il faut remarquer qu'en matière de sociétés cette solution peut présenter un danger assez considérable, lorsqu'il s'agit d'une entreprise importante groupant de nombreux associés. En effet, si la loi de l'un d'entre eux exige le partage judiciaire à raison d'une incapacité, il semble inique d'en faire supporter les conséquences à l'ensemble des autres associés et de soumettre le partage à l'autorité judiciaire alors qu'un accord était intervenu. On pourrait pour éviter cette conséquence fâcheuse prétendre qu'en entrant dans la société chaque associé a accepté de se soumettre à la loi du siège social et a abdiqué en conséquence tout droit au bénéfice du partage judiciaire si la loi de la société ne le prévoit pas au cas d'incapacité. Mais une telle solution serait, à notre avis, incompatible avec la nature des règles de protection des incapables, règles auxquelles ceux-ci ne peuvent renoncer. Il faut donc admettre, en dépit des conséquences parfois injustes qui peuvent en découler, la compétence de la loi nationale de l'associé absent ou incapable lorsqu'il s'agit de déterminer si l'incapacité doit entraîner la nécessité d'un partage judiciaire (3).

256. — Le problème de compétence législative relatif au principe de la forme du partage étant ainsi résolu, une dernière question se pose qui consiste à déterminer la loi compétente pour régir les conditions de forme proprement dites. En effet, une fois que l'on a admis le principe du partage judiciaire, il reste encore à déterminer en quelles formes il intervient. La question ne se pose d'ailleurs que pour le partage judiciaire. En matière de partage amiable, il n'y a pas, en effet, de formes spéciales. On est en présence d'une simple convention et l'on retombe en conséquence sur le terrain contractuel.

255. — (3) V. en ce sens pour le partage successoral : NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1356, p. 889; DENNERY, op. cit., p. 100-101; cf. aussi ; BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité des étrangers en France*, thèse, Paris, 1929.

En matière de partage judiciaire, l'hésitation est possible entre deux lois : la loi de la société et la *lex fori*. Il faut d'ailleurs remarquer, que dans la majorité des cas elles coïncideront, car, par suite de l'extension aux sociétés des règles admises pour la compétence en matière de partage successoral, le conflit de compétence juridictionnelle se trouve résolu généralement en faveur du tribunal du siège social.

Toutefois, il se peut que le tribunal saisi du partage soit celui du lieu de situation des biens : dans ce cas faut-il appliquer la *lex rei sitæ* ou la *lex fori* ? Là encore il y aura une coïncdence entre les deux lois, mais c'est à titre de *lex fori* qu'elle devra à notre avis s'appliquer. En effet, les lois relatives à la forme du partage sont des lois de procédure et à ce titre, entrent dans la catégorie des lois de police et de sûreté. L'application de la *lex rei sitæ* pourrait dans la mesure où cette dernière ne coïncide pas avec la *lex fori*, conduire le tribunal à appliquer une procédure qui lui est inconnue et qui nécessite l'intervention d'institutions qui n'existent pas dans le pays où le procès est pendant. Dans ce cas, le tribunal serait contraint par la force des choses de revenir à la compétence de la *lex fori* sur le fondement de l'ordre public. Il est préférable à notre avis de ne pas multiplier les cas d'application de l'ordre public, correctif qui doit demeurer exceptionnel, et d'admettre dans cette hypothèse la compétence normale de la *lex fori*.

Toutefois, lorsque la société possède des immeubles à l'étranger on peut se demander s'il n'y a pas lieu de lui étendre la distinction consacrée par la jurisprudence en matière de partage successoral. Si l'immeuble est vendu à la barre du tribunal, on applique la *lex fori*. S'il est vendu dans le pays de situation, c'est la *lex rei sitæ* qui est reconnue compétente pour régir les formes de la licitation.

Cette solution que la jurisprudence relative au partage successoral étend même parfois aux meubles peut présenter un intérêt dans le partage des sociétés, non seulement pour les immeubles, mais aussi pour certains meubles incorporels et notamment pour le fonds de commerce (1).

Fréquemment, en effet, il peut être utile de procéder à la licitation du fonds de commerce appartenant à la société car il ne constitue pas une « valeur commodément partageable ». La jurisprudence étend en ce domaine les dispositions de l'article 827 du Code Civil afin de pallier aux difficultés qui pourraient résulter du point de vue économique de l'impossibilité de partager le fonds de commerce. Si le fonds est situé dans un pays différent de celui

256. — (1) La question de la licitation du fonds de commerce aux fins de partage ne se pose évidemment qu'à défaut de clause existant dans les statuts de la société et attribuant le fonds de commerce à l'un des associés.

sur le territoire duquel la société a son siège social, la jurisprudence applique la solution admise pour le partage successoral. En conséquence, lorsque le fonds de commerce est vendu dans le pays de situation, la *lex rei sitæ* sera applicable, bien que la licitation soit étroitement liée au partage. C'est ainsi qu'en France la vente d'un fonds de commerce situé sur notre territoire, mais appartenant à une société étrangère dont les biens font l'objet d'un partage, doit s'effectuer conformément aux dispositions de la loi de 1909 (2). Toutefois, en vertu du principe de territorialité admis en la matière, la compétence de la loi française ne s'étendra qu'aux éléments du fonds qui sont eux-mêmes situés en France. Au cas de dissémination de ces divers éléments sur le territoire de différents pays, on assistera, selon l'expression de M. Niboyet (3) à un véritable « émiettement juridique », la vente de chacun des éléments devant s'effectuer par le fait que le fonds de commerce, ne possédant pas la personnalité morale ne peut être doté d'un statut personnel d'application extra-territoriale.

En conclusion, nous pouvons donc dire que, exception faite de certaines matières pour lesqueles la *lex rei sitæ* est normalement compétente, c'est à la *lex fori* qu'il appartient de régir les *formes ordinatoires* du partage, *les formes habilitantes* demeurant au contraire soumises à la loi nationale de l'associé intéressé.

Lorsque l'on se tourne vers les règles de fond du partage des sociétés la solution est toute différente. En effet, le caractère de loi de police et de sûreté, de loi de procédure qui entraînait la soumission des formes du partage judiciaire à la *lex fori* ne se retrouve plus ici. Il n'y a donc plus aucune raison d'écarter d'une façon globale la compétence de principe de la loi de la société.

B. — *La loi applicable aux conditions de fond du partage*

257. — Il n'entre pas dans nos intentions de traiter ici de la totalité des règles de fond relatives au partage. En effet, certaines d'entre elles sont dénuées de tout particularisme dans le partage de société et même dans le partage en général quelle qu'en soit la source. C'est le cas des règles relatives au consentement, à l'objet, à la cause. Il suffit de leur appliquer les principes généraux admis en ces matières et de les transposer purement et simplement au partage de société.

256. — (2) Cass. 21 juillet 1891 (D. 1893.1.123; S. 1891.1.377); Angers 16 mai 1894 (S. 1894.2.180); Paris 29 juin 1895 (Revue pratique du Dr. Industriel 1895, p. 319); Trib. Comm. Lyon 12 avril 1918 (Journ. Soc. 1921, p. 267). V. en ce sens pour la licitation d'un fonds de commerce inclus dans une succession : DENNERY, *op. cit.*, p. 109; Pau, 28 juin 1893 (Clunet 1895, p. 1083).

256. — (3) Cf. NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1280, p. 633.

Par contre, il en est d'autres qui réclament une étude plus attentive, car le fait que le partage porte sur les biens d'une société est de nature à exercer une incidence plus ou moins considérable mais toujours certaine sur la solution des conflits de lois les concernant. C'est le cas notamment des dispositions relatives au rapport des dettes, à la composition des lots et à la rescision pour lésion.

Elles procèdent d'ailleurs toutes d'une même idée et tendent vers un but commun : l'égalité entre les co-partageants, égalité qui en notre matière sera conçue en fonction de l'importance respective des apports faits par les différents associés lors de la constitution de la société. Selon la distinction préconisée par M. Bartin (1) et reprise par M. Dennery (2) le rapport des dettes aura pour objet d'assurer une égalité préalable au partage lui-même : *l'égalité des droits*, les règles relatives à la composition des lots tendront au contraire à assurer *l'égalité des parts*. La rescision pour lésion apparaîtra enfin comme la sanction du défaut d'égalité soit dans les droits, soit le plus souvent dans les parts.

I. — Conflits de lois relatifs au rapport des dettes

258. — Il peut sembler paradoxal de parler de rapport des dettes à propos d'un partage de société alors que cette institution revêt en général un caractère typiquement successoral. En réalité, il n'en est rien et il est parfaitement logique de le faire jouer dans le partage de l'actif social. Il est normal en effet que le partage de la société étant fondé sur l'égalité, le co-partageant qui a contracté une dette envers la société soit contraint de la rapporter. Si on l'en dispensait l'égalité se trouverait rompue.

L'étude du rapport des dettes en matière de partage de société présente par ailleurs un intérêt d'ordre spéculatif car elle est à notre sens susceptible de nous éclairer sur la véritable nature de cette institution, problème qui fait l'objet de très vives controverses.

Certains auteurs voient dans le rapport des dettes un simple procédé de liquidation de l'indivision et le soumettent en conséquence à la *lex rei sitæ* (1). Le seul fait que le rapport des dettes puisse jouer dans un partage de société où, par suite de la survivance de la personnalité morale, il n'y a pas une véritable indivision montre l'inexactitude de cette théorie. En réalité le rapport des dettes, dans le cadre du partage des biens sociaux et une institution du droit des sociétés et, comme tel, doit être soumis à la loi de la société

257. — (1) Bartin, note au D. 1899.2.81.
257. — (2) Dennery, *op. cit.*, p. 23-24.
258. — (1) V. en ce sens : Bartin, *Principes*, t. III, par. 456, p. 360 ; Niboyet, *Traité*, t. IV, n° 1352, p. 874.

qui est la loi du partage. Il serait, en effet, arbitraire de le dissocier du partage lui-même dont il est une des pièces maîtresses. D'autre part, l'application de la *lex rei sitæ* risquerait de rompre l'égalité entre les associés en dispensant certains d'entre eux de rapporter les biens qu'ils doivent à la société sous le prétexte fallacieux que l'objet de leur dette se trouve localisé dans un pays qui n'admet pas le rapport.

On peut donc dire qu'en matière de sociétés, la loi du siège social demeurera dans la majorité des cas compétente pour régir le rapport des dettes.

II. — Conflits de lois relatifs a la composition des lots

259. — Avec la composition des lots nous abordons l'opération essentielle du partage des sociétés, opération qui, en droit français est d'ailleurs presqu'entièrement régie par les textes du Code Civil relatifs au partage des successions et notamment les articles 826 et 832 dont il faut rappeler brièvement la teneur.

Aux termes de l'article 826 C. civ. « Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ». Ce texte, dicté par des préoccupations égalitaires était renforcé par l'art. 832 qui, tout en souhaitant que l'on évitât de morceler les héritages et de diviser les exploitations, exigeait que les lots fussent composés de la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits et de créances de la même nature et valeur.

Ce texte contenait manifestement une contradiction interne. Il était, en effet, impossible d'éviter un morcellement des héritages en se pliant aux exigences d'un partage en nature. La jurisprudence cependant l'appliquait de la façon la plus stricte et son interprétation par trop exégétique avait soulevé de très vives réactions doctrinales.

Le décret-loi du 17 juin 1938 est venu atténuer ce qu'une semblable disposition pouvait avoir de fâcheux et d'anti-économique. Désormais, en vertu de l'article 832 nouveau, le partage en nature ne joue que dans la mesure où il ne risque pas de provoquer un morcellement excessif de la propriété foncière.

On a parfois contesté que ces textes, l'article 826 notamment, puissent s'appliquer au partage des sociétés (1). Le principe du partage en nature, a-t-on fait remarquer, repose sur l'intérêt d'affection qu'ont les cohéritiers à recevoir une partie des biens composant le patrimoine du *de cujus*. Les associés ne peuvent se prévaloir d'un intérêt semblable qui a sa source dans la famille.

259. — (1) Bravard, t. I, p. 472; Angers, 27 décembre 1843 (P. 1844.1.82); Trib. Comm. Lyon, 1er avril 1902 (Rev. Soc. 1903, p. 186).

D'ailleurs le problème ne se poserait pour eux que dans la mesure où il a été impossible de transformer en argent l'ensemble de l'actif social, la réalisation de ce dernier étant l'objectif principal vers lequel tendent les efforts des associés lors de la liquidation.

Cette opinion ne jouit plus aujourd'hui d'aucun crédit et la presque totalité des auteurs et des décisions de jurisprudence se prononce en faveur de l'extension aux sociétés des dispositions des articles 826 et 832 du Code Civil (2). Cette unanimité disparaît lorsqu'il s'agit de déterminer le fondement du partage en nature, question dont l'incidence en Droit International Privé est considérable puisque c'est en fonction de ce fondement que se détermine la loi applicable.

Certains auteurs, comme M. Pic, ont soutenu que l'article 826 ne se justifiait pas seulement par un souci d'égalité et par le légitime désir de maintenir dans toute la mesure du possible les biens dans la famille dont ils viennent. Il est surtout un corrollaire du droit de propriété. Tout communiste, l'associé comme le cohéritier, étant co-propriétaire de la masse partageable, doit pouvoir prétendre en cette qualité, toutes les fois que la chose est possible, à une attribution en nature et ne pas voir son *jus in re* transformé en une simple créance de somme d'argent (3).

Un semblabe système qui lie étroitement le partage en nature au régime des biens a pour conséquence en droit international privé de soumettre la confection des lots à la *lex rei sitæ* (4).

Un semblable système qui lie étroitement le partage en nature réalité. La véritable justification du partage en nature se trouve dans l'idée d'égalité. Elle est donc intimement liée à l'un des caractères essentiels du partage lui-même. Dans ces conditions, il nous semble impossible de dissocier les règles relatives à la composition des lots du partage. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'elles doivent être soumises à la loi du partage qui est en l'occurence la loi de la société.

Toutefois, certains auteurs, tout en admettant le principe de la compétence de la loi de la société en matière de partage en nature pensent que la disposition de l'article 832 aux termes de laquelle « Dans la formation et la composition des lots, on doit

259. — (2) LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 423; PIC, *Traité, Sociétés commerciales*, t. I, n° 678, p. 679; BAUDRY et WAHL, *Sociétés*, n° 485; HUMBERT, *op. cit.*, p. 49 et s.; HOUPIN, t. I, n° 214;V. également : Cass. 29 déc. 1896 (D. 1897.1.897) qui, en application de l'art. 826 décide que deux ou plusieurs sociétés ne peuvent être incluses dans un même partage.

259. — (3) PIC, *Traité, Sociétés commerciales*, t. I, n° 678, p. 846.

259. — (4) M. Niboyet soumet la composition des lots à la Lex rei sitæ dans le partage successoral. Cette solution est la conséquence logique du point de départ qu'il a adopté puisque, d'après M.Niboyet, la Lex rei sitæ est la loi du partage.

éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations » doit être soumise à la *lex rei sitæ*. En effet, cette disposition ayant pour but d'éviter le morcellement excessif de la propriété foncière qu'exige une égalité parfaite ressortit au régime de propriété. L'article 832 ne s'appliquerait donc qu'aux biens situés en France (5).

Une telle discrimination entre d'une part le principe du partage en nature et, d'autre part les modalités auxquelles il est assujetti ne nous semble pas souhaitable. Sans doute la disposition de l'article 832 a-t-elle pour objet d'éviter un émiettement trop prononcé de la propriété foncière, dans cette mesure il constitue aussi un tempérament apporté au principe du partage en nature. Elle est donc, surtout depuis que le décret-loi du 17 juin 1938 en a sensiblement accru l'étendue, étroitement liée au principe lui-même. On peut dire qu'à l'heure actuelle en droit français, l'égalité des partages ne se conçoit que compte tenu de ces restrictions. Il est donc arbitraire de dissocier les deux choses en leur donnant un domaine d'application dans l'espace qui n'est pas identique.

On pourra certes objecter que, précisément, à raison de l'importance que le législateur français attache à la sauvegarde de la propriété foncière, il est nécessaire qu'aucun des immeubles situés en France ne puisse y être soustrait, ce qui risquerait de se produire lorsque l'on serait en présence d'une société étrangère possédant des immeubles sur notre territoire si l'on admet la compétence de la loi du siège social.

Mais la portée de cette objection se trouve restreinte dans des proportions considérables du fait que les tribunaux disposent du correctif de l'ordre public. Toutes les fois que la loi étrangère normalement compétente leur semblera consacrer une égalité qui est anti-économique parce que trop stricte, il pourront revenir à la compétence de la *lex fori* sur le fondement de l'ordre public. Il y a là un exemple saisissant du caractère essentiellement variable et mobile de l'ordre public. En effet, cette égalité en nature qui choque actuellement les conceptions françaises était en parfaite harmonie avec elles avant le décret-loi du 17 juin 1938.

III. — Conflits de lois relatifs a la rescision du partage pour lésion

260. — La rescision pour lésion apparaît comme la sanction du défaut d'égalité dans le partage. Toutefois, s'il est relativement

259. — (5) Dennery, *op. cit.*, p. 36.

facile de lui attribuer ce caractère, il est beaucoup plus délicat de découvrir son véritable fondement. Peu de questions ont été aussi controversées et la jurisprudence récente par les solutions qu'elle a consacrées lui a redonné un renouveau d'actualité. C'est sur ce problème du fondement de la lésion qu'il nous faut pencher, car il constitue la clef de la détermination de la loi applicable.

Deux conceptions se sont de tous temps affrontées. La conception subjective qui a été consacrée par le code et qui cadre avec le principe de l'autonomie de la volonté consiste à voir dans la lésion un vice du consentement. Le déséquilibre entre les prestations fait présumer chez celui qui en est victime une faiblesse du consentement. En conséquence la lésion étant fondée sur une idée de protection doit être régie par la loi nationale du contractant ou du co-partageant lésé.

Cette conception qui rencontre encore quelques rares partisans en doctrine doit à notre avis être écartée, tant sur le plan contractuel en général qu'en matière de partage de sociétés au profit de la conception objective fondée sur le concept d'équilibre contractuel.

Sur le terrain contractuel la législation et la jurisprudence récentes s'orientent d'ailleurs très nettement vers la conception objective. L'érection de la règle morale d'équité, de justice en règle juridique conduit à réprimer le déséquilibre entre les prestations même lorsque la victime a agi en connaissance de cause (1). On aboutit dans une large mesure à une résurrection de la théorie canoniste du juste prix (2).

En matière de partage la nature objective de la lésion apparaît avec une netteté plus grande encore. L'égalité du partage ayant été l'objectif principal des rédacteurs du Code, ils ont entendu sanctionner toute inégalité qu'elle soit ou non le résultat d'un vice du consentement, pourvu que l'un des co-partageants ait reçu moins des trois quarts de la part qui devait normalement lui revenir.

Le triomphe de la conception objective nous autorise à écarter en matière de rescision pour lésion la compétence de la loi personnelle de l'associé victime de la lésion. La doctrine lui est

260. — (1) RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, nos 67 et s.

260. — (2) C'est ainsi que la jurisprudence exerce un contrôle sur les contrats stipulant une rémunération au profit d'un mandataire à raison de l'exécution d'un mandat. Elle n'hésite pas à réduire les honoraires dûs aux avocats, banquiers, agents d'affaires. D'autre part, la législation récente sur les prix s'inspirant du désir de donner aux contractants des bases suffisamment solides pour leur permettre d'éviter un déséquilibre trop considérable entre les prestations, a prononcé la taxation des prix de certains produits et de la rémunération de certains services. La jurisprudence tend à admettre que si cette taxation n'est pas respectée le contrat peut être rescindé pour cause de lésion.

d'ailleurs hostile. Seul M. Bartin, à propos du partage successoral s'est prononcé en faveur de la loi personnelle du co-partageant (3).

La loi personnelle étant ainsi éliminée, deux lois se partagent les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence : la loi de la société et la *lex rei sitæ* qui peuvent d'ailleurs se concilier toutes deux avec la théorie objective.

M. Niboyet qui se prononce en faveur de *lex rei sitæ* fait valoir à l'appui de sa thèse un certain nombre d'arguments. La rescision pour cause de lésion, fait-il remarquer est inhérente à tout partage quelle qu'en soit la cause. Elle est donc indépendante de la source de l'indivision et ne saurait en conséquence être régie par la loi de la succession de la communauté ou de la société. D'autre part, la rescision pour cause de lésion est une des sanctions de l'égalité des partages. « Elle se rattache aux opérations techniques destinées à assurer le passage de la propriété indivise à la propriété divise. C'est asssez dire qu'elle fait partie du régime des biens et qu'elle est du ressort de la *lex rei sitæ* comme telle » (4).

Il nous semble difficile de nous rallier à l'opinion de M. Niboyet. Le fait que la rescision pour cause de lésion se retrouve dans tous les partages ne saurait à notre sens entraîner comme conséquence inévitable la compétence de la *lex rei sitæ*. Il suffit pour que la logique soit respectée que dans les différents partages il y ait non pas nécessairement identité, mais simplement correspondance entre les lois compétentes. Or, cette correspondance existe si l'on applique la loi de la société, de la communauté ou de la succession, car elles représentent toutes trois la loi de l'institution qui est à la source du partage. D'autre part, nous reconnaissons avec M. Niboyet que la rescision pour cause de lésion est essentiellement la sanction de l'égalité du partage et qu'elle se rattache étroitement à l'opération technique de composition des lots. En conséquence, nous pensons comme M. Niboyet (5) qu'il faut lui appliquer la loi du partage, car il est impossible de dissocier en les soumettant à des lois différentes, la sanction de la règle dont elle tend à assurer l'efficacité. La divergence entre le système proposé et celui adopté par M. Niboyet provient du fait que la loi du partage est pour M. Niboyet la *lex rei sitæ* alors que nous pensons au contraire qu'il faut en soumettre l'ensemble à la loi de la société.

La jurisprudence française, dans l'unique arrêt qu'elle a rendu sur la question en matière de partage de société s'est d'ailleurs

260. — (3) BARTIN, Cours précité.
260. — (4) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1168, p. 281.
260. — (5) M. Niboyet montre que, en matière de partage, la compétence de la Lex rei sitæ se justifie par des arguments tout à fait différents de ceux qui militent en sa faveur dans la lésion de vente d'immeubles.

prononcée en faveur de la compétence de la loi de la société. Il s'agissait de l'affaire March et Garan. L'un des deux associés attaquait pour lésion de plus du quart la convention de partage amiable qu'il avait passée avec son associé et par laquelle ce dernier s'était vu attribuer la totalité de l'actif social à charge pour lui de liquider le passif. Le défendeur prétendait que l'action en rescision était irrecevable, car l'acte ayant été passé en Epagne entre deux parties de nationalité Espagnole devait être soumis à la loi espagnole qui édictait une prescription plus courte dont les délais se trouvaient expirés. La Cour d'Aix, puis la Cour de Cassation admirent la compétence de la loi française. Il faut d'ailleurs remarquer qu'en l'occurence cette dernière se trouvait être à la fois loi de la société et *lex rei sitæ* puisque les biens ayant fait l'objet de la convention étaient situés en Algérie. Toutefois aucun doute ne peut subsister dans les esprits puisque la Cour d'Aix, puis la Cour Suprême ont indiqué expressément que la loi française était compétente en tant que loi de la société, loi à laquelle devait être soumis l'ensemble du partage (6).

Nous avons vu toutefois que dans cet arrêt la Cour de Cassation a fait dans une certaine mesure appel à l'idée d'autonomie de la volonté puisqu'elle a fondé la compétence de la loi française sur les circonstances de la cause et l'intention présumée des parties.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, dans cet arrêt, la Chambre Civile a écarté la compétence de la *lex rei sitæ*. Nous ignorons quelle serait actuellement sa position puisque depuis l'affaire March et Garan elle n'a pas eu à se prononcer sur l'hypothèse d'un partage de société. Mais on peut être tenté de croire, compte tenu des tendances récentes qu'elle se prononcerait en faveur de la compétence de la *lex rei sitæ*, car elle a admis l'application en matière de rescision pour cause de lésion dans un partage successoral.

En effet, dans la célèbre affaire du château de Chambord, la Chambre Civile a admis que la rescision pour lésion était soumise à la loi de situation des biens qui était en l'occurence la loi française (7). Mais elle n'a donné aucune justification à l'appui de la solution qu'elle adoptait, solution qui consacrait un revirement total par rapport à celle à laquelle elle s'était ralliée quelques années auparavant dans l'affaire March et Garan. Le silence de la Cour Suprême est, comme le fait remarquer M. Niboyet, infiniment regrettable (8) d'autant plus que le système qu'elle a adopté dans l'affaire du château de Chambord est extrêmement curieux et

260. — (6) Cass. 11 juillet 1928 précité.
260. — (7) Cass. Civ. 13 avril 1932 précité.
260. — (8) NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1168, p. 279.

méritait de ce fait d'être étayé d'une forte argumentation juridique. En effet, la Chambre Civile a dans la même affaire admis la validité du partage amiable effectué en Autriche conformément à la loi autrichienne. Elle a donc reconnu la compétence de la loi étrangère à titre de loi d'autonomie. En soumettant la lésion à la *lex rei sitæ*, elle a dissocié la rescision pour lésion, sanction de l'égalité du partage des règles de composition des lots qui tendent à assurer cette égalité. Il y a, à notre sens, dans cette dualité de compétences législatives un défaut de logique juridique. La compétence de la *lex rei sitæ* en matière de rescision pour cause de lésion ne peut se concevoir que dans un système qui en fait la loi du partage, car c'est à cette dernière qu'il appartient incontestablement de régir la rescision pour lésion. C'est la raison pour laquelle le fait que nous considérions la loi de la société comme la loi du partage nous conduit nécessairement à admettre que la rescision pour cause de lésion lui est soumise (9).

C. — *L'effet déclaratif du partage*

261. — A la différence du droit romain dont le système du partage translatif a été repris par le droit Allemand (paragraphe 2032 et s. B. G. B.) et le droit Suisse (art. 648 et 653 du Code Fédéral Suisse) le droit français consacre le principe de l'effet déclaratif du partage.

Ce principe contenu dans l'art. 883 du Code Civil et énoncé à propos des successions doit être étendu à tous les partages. Les auteurs et la jurisprudence sont d'ailleurs unanimes à en admettre l'application en matière de partage de sociétés (1).

La seule controverse relative à l'effet déclaratif en ce domaine porte d'ailleurs non pas sur l'opportunité de son application mais sur le point de savoir jusqu'à quelle date il doit remonter. La rétroactivité doit-elle jouer jusqu'au jour de la dissolution de la société ou doit-elle remonter à la constitution de la personne morale ou, si le bien a été acquis par la société au cours de son existence

260. — (9) V. dans le même sens : DENNERY, *op. cit.*, p. 42 et s.; contra : BARTIN, *Principes*, t. III, par. 438 et s.; J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 633, note 2.

261. — (1) V. en ce sens AUBRY et RAU, t. II, § 221; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 455; HOUPIN, t. I, n° 169; PIC, *Traité, Sociétés commerciales*, t. I, n° 680, p. 682; BAUDRY et WAHL, *Successions*, t. III, n° 3.296; PINVER, *De l'origine et de la nature du principe que le partage est déclaratif*, thèse, 1885; CHEVALLIER, *L'effet déclaratif des conventions*, thèse, Rennes, 1932; Contra : VANDERNOTTE : *Droits des créanciers d'une société sur les biens sociaux* (Annales de Dr. Com. 1898, p. 442 et s.); Cass. 10 novembre 1869 (S. 1869.1.501) ; 9 mars 1886 (S. 1888.1.241 note Labbé); 23 juillet 1912 (D. 1914.1.30); Paris. 11 mai 1911 (D. 1912.2.115).

au jour de cette acquisition de telle sorte que l'associé serait censé tenir le bien de la personne qui l'a vendu à la société et non de la société elle-même ?

La première solution est conforme à celle admise pour le partage successoral dans lequel l'effet rétroactif du partage remonte au commencement de l'indivision, c'est-à-dire au jour de l'ouverture de la succession. Au contraire, en matière de communauté conjugale, on admet que l'effet déclaratif du partage remonte au jour où le bien est entré en communauté, sous réserve de combiner ce principe avec les pouvoirs d'administration et de disposition que les règles du régime matrimonial confèrent au mari.

En matière de sociétés, il n'est pas possible à notre avis d'hésiter sur la solution à adopter. En effet, la société étant dotée de la personnalité morale, il ne peut être question d'en annuler rétroactivement l'existence. Elle s'est, jusqu'à sa dissolution, comportée comme propriétaire des biens sociaux. En conséquence, chacun des co-associés doit être considéré comme l'ayant-cause de la société et non comme celui du tiers dont cette dernière a elle-même acquis. La doctrine et la jurisprudence sont d'ailleurs en ce sens (2).

Toutefois cette limitation de l'effet déclaratif du partage étant fondée sur le fait que la société est un être moral doit être rejetée pour les groupements qui ne sont pas dotés de la personnalité morale. Dans ce cas, l'associé est réputé tenir directement les biens mis dans son lot de la personne qui en a transmis la propriété au groupement (3).

La portée de l'effet du partage étant ainsi précisée, il importe de rechercher la solution du conflit de lois. Là encore il y a heurt entre deux lois qui possèdent toutes deux pour des raisons différentes une aptitude théorique à régir l'effet déclaratif du partage. Le choix entre elles dépend de la nature que l'on attribue à l'effet déclaratif.

Pendant longtemps, les auteurs, reprenant l'idée de Laurent, ont considéré l'effet déclaratif du partage comme une pure fiction.

261. — (2) PIC, *Traité, Sociétés commerciales*, t. I, n° 680, p. 682ç LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 425 bis; HOUPIN, t. Ier, n° 169; HUMBERT, *De l'application des règles du partage des successions aux autres partages*, thèse, 1901, p. 75; ARTHUYS' t. II, n° 774; DEMOLOMBE, t. IX, n° 421. Cass. 12 février 1890 (Annales de Dr. Commercial 1890, p. 117); Trib. civ. Brest, 17 décembre 1913 (Journ. Soc. 1918, p. 181).

261. — (3) M. Niboyet (*Traité*, t. IV, n° 1169, p. 283) prend l'exemple d'un cartel régi par une loi étrangère au point de vue de son statut organique et estime que l'effet déclaratif doit remonter, du fait de l'absence de personnalité morale au jour de l'acquisition du bien par le groupement. Toutefois, d'après M. Niboyet : « Les actes accomplis régulièrement par l'associé ou par l'autorité qui en a reçu le pouvoir au sein du groupement, d'après la loi applicable qui le régit, doivent être maintenus ».

Logiquement, de par sa nature, le partage serait translatif. Mais pour aboutir à une égalité parfaite entre les co-partageants, le droit français a posé le principe de l'effet déclaratif du partage.

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée par les auteurs modernes qui considèrent le partage comme déclaratif par nature, car il a pour objet de préciser les droits des co-indivisaires qui, jusque là, étaient déterminés. Par là même, comme le font remarquer les auteurs qui raisonnent sur l'hypothèse du partage successoral, le partage est étroitement lié au régime de l'indivision (4). C'est ce qui conduit la doctrine à affirmer que l'effet déclaratif du partage doit être, en Droit international soumis à la *lex rei sitæ* (5).

En matière de sociétés ce raisonnement ne possède pas la même valeur et ne saurait conduire à affirmer de façon péremptoire la compétence de la *lex reit sitæ*. En effet, le lien entre l'effet déclaratif du partage et l'indivision n'apparaît pas ici puisque la personnalité morale de la société survivant jusqu'à la fin de la liquidation, il n'y a pas d'indivision. Les biens demeurent jusqu'au partage des éléments du patrimoine social et l'affirmation du lien qui les unit a l'effet déclaratif doit conduire à adopter dans la détermination de la loi applicable à ce dernier une solution diamétralement opposée. L'effet déclaratif étant une modalité du partage du patrimoine social doit être soumis à la loi de la société.

On pourrait d'ailleurs faire remarquer, en se plaçant d'un point de vue nationaliste, que l'application de la loi de la société a pour conséquence de protéger plus étroitement les tiers français qui ont fait l'acquisition de biens de la société avant le partage. Car certaines lois étrangères consacrant le principe du partage translatif, la validité de leur acquisition ne pourra être remise en cause, ce qui aurait pu se produire si la loi française avait été compétente à titre de *lex rei sitæ*. Par contre une telle solution risquera d'être préjudiciable aux associés français d'une société étrangère, mais

261. — (4) Cf. notamment : CAPITANT, *De l'indivision héréditaire* (Revue critique 1929, p. 69 et s.); *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté* (*ibid.* 1929, p .65 et s.); SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse, Paris 1922, p. 471.

261. — (5) V. en ce sens DENNERY, *op. cit.*, p. 69; NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1169, p. 282; contra pour le partage successoral : ARMINJON (*Précis*, t. III, n° 141) qui consacre une combinaison de la loi de la succession et de la Lex rei sitæ. NIBOYET (*Des Conflits de Lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, thèse, Paris, 1912, p. 172, note 2) qui, projetant en droit international le système de Demolombe de la rétroactivité de la condition en tire comme conséquence la compétence de la loi du partage, du moins toutes les fois que la Lex rei sitæ admet que la transmission de propriété peut être soumise à la loi du contrat.

Il convient d'ailleurs de remarquer que le fait que le partage est déclaratif par nature n'empêche pas que la rétroactivité demeure une fiction (Cf. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 56; DENNERY, *op. cit.*, p. 68).

on pourra rétorquer que les associés en entrant dans la société ont accepté, pour l'ensemble de leurs rapports avec la société la compétence de la loi du siège social.

D'autre part, l'effet déclaratif du partage est un moyen d'assurer l'égalité dans le partage. Il ne se conçoit donc qu'en fonction de la conception qu'un législateur a du partage. Il est en conséquence arbitraire de le dissocier de l'institution dans laquelle il s'intègre en le soumettant à une loi différente.

Toutefois, en dépit de la valeur de ces divers arguments nous pensons qu'il est préférable d'écarter exceptionnellement la compétence de la loi de la société et d'admettre ici l'application de la *lex rei sitæ*. Cette solution nous est dictée par le rôle que joue l'effet déclaratif en matière de partage de sociétés.

En cette matière, l'effet déclaratif n'a pas, comme lorsqu'il y a indivision, comme conséquence de modifier la personne de l'auteur de qui l'ex-associé tient son droit de propriété sur les biens mis dans son lot. Que le partage soit déclaratif ou translatif le co-partageant est toujours l'ayant-cause de la société. L'effet déclaratif exercera donc exclusivement son incidence sur la date à laquelle le co-partageant est censé avoir acquis son droit de propriété individuelle, sur des biens déterminés, c'est-à-dire sur la date à laquelle remonte l'origine de son droit sur des biens qui doivent être considérés comme *ut singuli* et non plus comme faisant partie intégrante du patrimoine social. Il nous semble donc ressortir moins au partage lui-même qu'à l'effet réel du transfert de propriété, effet réel que la *lex rei sitæ* est la plus apte à régir et pour lequel sa compétence est traditionnellement admise.

CONCLUSION

262. — De l'étude des conflits de lois en matière de sociétés on peut tirer un double enseignement : la possibilité de dégager un droit international comme en droit interne une conception unitaire de la société, la possibilité de résoudre l'ensemble de ces conflits en fonction d'un territorialisme modéré.

Il est possible tout d'abord de dégager en droit international comme en droit interne une notion unitaire de société et de donner des solutions valables à la fois pour les sociétés de personnes comme pour les sociétés de capitaux. Nous n'avons pas cherché cependant à exagérer les analogies que présentent ces deux sortes de sociétés. Nous avons souligné leurs différences. Dans ces conditions pour quelle raison les mêmes solutions de conflits de lois se sont-elles avérées valables pour toutes les sociétés ? La véritable raison nous semble résider dans le fait que ces différentes sociétés sont toutes dotées de la personnalité morale. Même si dans les sociétés de personnes le contrat conserve une importance certaine, il mérite moins d'être pris en considération par lui-même que par les effets qu'il engendre, à savoir la naissance d'une personne morale. La meilleure preuve que c'est l'institution qui est à la base des principes de solution de conflits de lois, c'est que tout groupement non doté de la personnalité morale voit les conflits de lois auxquels il donne naissance soumis à des principes différents. L'exemple en est fourni par les associations en participation qui sont régies par la loi d'autonomie.

L'identité des solutions qui ont été données pour toutes les sociétés montre qu'il n'était pas inutile de réunir dans le cadre d'une même étude les divers conflits de lois auxquels donne naissance l'activité des sociétés commerciales sur le plan international et de s'efforcer d'en édifier la synthèse.

Cette synthèse a été rendue possible par l'identité des buts poursuivis dans toutes les hypothèses et par l'unité de méthode adoptée.

Les buts poursuivis sont toujours demeurés les mêmes : chercher à découvrir une loi qui représente effectivement le centre des intérêts sociaux et lui conférer une permanence et une extraterri-

torialité suffisantes pour doter la société d'un statut juridique ayant la continuité et l'unité désirables, cette continuité et cette unité devant assurer le bon fonctionnement de la société et répondre aux besoins du commerce international.

Il a fallu cependant tenir compte des intérêts des Etats et du contrôle de plus en plus strict que chaque Etat tend à exercer sur les sociétés opérant sur son territoire. Il a fallu tenir compte également de l'intérêt des tiers et de l'épargne française, dont la protection a toujours constitué un de nos soucis dominants, car l'activité des sociétés étrangères sur notre territoire, activité qui est souhaitable pour la prospérité de notre économie, ne doit pas se faire au préjudice des nationaux.

Pour concilier ces divers intérêts opposés, la méthode employée a toujours été le territorialisme dont le choix a été dicté par l'évolution récente du droit international privé, évolution elle-même commandée par le fait que le territorialisme est dans la majorité des cas conforme aux intérêts français, intérêts dont la satisfaction doit demeurer au premier plan des soucis de l'internationaliste, car le nationalisme est, en l'état actuel des relations internationales, plus fructueux que la vaine poursuite d'un universalisme chimérique. Cependant l'abandon de toute aspiration universaliste ne résulte que du particularisme des différents droits. Aussi pour tous les points où ce particularisme n'est pas trop prononcé et où l'on peut espérer arriver à des accords qui ne soient pas utopiques nous sommes-nous efforcés de donner des solutions valables à tout le moins de *lege ferenda*, l'universalisme devant demeurer un idéal vers lequel on doit tendre.

La méthode territorialiste a été dictée également par l'évolution moderne du droit des sociétés orientée vers le particularisme de chaque législation nationale et de la politique économique consacrant le contrôle de l'Etat sur les sociétés.

Cependant il a fallu tenir compte du fait que la matière des sociétés est incontestablement une de celles qui s'accommodent le plus difficilement du territorialisme. Car le territorialisme, doctrine de défense du particularisme juridique et de l'intérêt national, implique un repliement de l'Etat sur soi-même et une stricte compartimentation de différents systèmes juridiques qui peut constituer une entrave au commerce international dont l'expansion suppose la multiplication des relations inter-étatiques à laquelle semblent favorables une atmosphère de liberté et un abandon partiel par chaque Etat de sa souveraineté sur le terrain des conflits de lois.

C'est la raison pour laquelle il a été nécessaire de se tenir à l'écart de toute solution extrémiste et intransigeante. L'influence

du commerce international et de la personnalité morale a donc conduit à assouplir et modérer le territorialisme et à éviter d'en faire une application systématique. Le territorialisme a toujours été un guide, mais n'a jamais été érigé à la hauteur d'un dogme et dans toutes les hypothèses où, même assoupli, il était impuissant à donner des solutions satisfaisantes il a dû être rejeté.

263. — L'application de ce territorialisme modéré s'est manifestée tant dans la détermination de la loi de la société, que dans l'étude de sa permanence et de son domaine.

Dans la détermination de la loi de la société elle a conduit à attribuer compétence à la loi du domicile, car, des différentes lois territorialistes envisagées, elle est incontestablement celle qui s'adapte le mieux à la matière. La *lex fori* ne se justifie que par des raisons empiriques qui sont loin d'être péremptoires, la *lex rei sitæ* a le tort de ne pas tenir compte de l'unité du patrimoine découlant de la personnalité morale ; quant à la loi de constitution, elle présente l'inconvénient de fonder la compétence législative sur un lien trop ténu et trop éphémère pour donner des résultats pratiques satisfaisants.

La loi du domicile au contraire présente le double avantage de rendre compte de l'importance croissante qu'a le domicile dans les rapports commerciaux internationaux et de la renaissance de la faveur dont il jouit comme principe de solution de conflit de lois. D'autre part en localisant le domicile au lieu du siège social et en exigeant un siège social réel et non frauduleux, on tient compte de l'élément personne morale, on réduit au minimum les dangers de fraude et enfin on facilite le bon fonctionnement de la société en rattachant la compétence législative au centre réel de ces intérêts.

On pourra objecter que le domicile n'est pas un critère de rattachement fondé sur la territorialité, mais qu'il est à la fois personnaliste et territorialiste. Cette critique renferme certes une part de vérité. Mais nous n'avons jamais prétendu que la loi du domicile fût l'expression d'un territorialisme intransigeant. Elle est au contraire celle d'un territorialisme souple et dans cette mesure elle cadre parfaitement avec la méthode adoptée.

En tous cas, il est incontestable que le domicile, tel qu'il a été adopté est fortement teinté de territorialité. D'ailleurs il ne demeure à la base de la compétence législative qu'aussi longtemps qu'il représente un élément de rattachement effectif et présent puisque le changement du siège social entraîne à notre avis une modification de la compétence législative. D'autre part il est certain qu'il est plus fortement impreigné de territorialité que la nationalité, critère de compétence législative le plus souvent proposé.

On ne saurait enfin objecter à l'encontre du critère choisi un manque de généralité tiré des obstacles qu'il rencontre dans l'absence de siège social ou dans l'application de la théorie du renvoi. En effet, nous avons noté le caractère exceptionnel de ce double obstacle. D'ailleurs, même dans ces deux hypothèses, la solution du problème de conflit de lois a pu encore être découverte dans un principe territorialiste puisqu'au cas d'adomidie de la société comme au cas de renvoi, nous avons appliqué soit la loi d'un domicile supplétif, soit la *lex fori*.

Cette loi du domicile, expression d'un territorialisme modéré s'est révélée posséder une permanence suffisante pour assurer la continuité du statut juridique de la société. Là encore c'est la conception territorialiste adoptée qui a conduit à écarter l'extraterritorialité des lois d'Etat et de capacité comme fondement de la permanence de la loi de la société.

De même, c'est la contradiction interne du principe du respect international des droits acquis, principe qui ne peut être utilisé qu'à des fins universalistes, mais que l'on s'est efforcé à tort de concilier avec l'évolution moderne du droit international privé qui nous a conduit à le condamner et à chercher dans la règle de conflit elle-même le fondement de la permanence de la loi de la société.

Enfin la loi du domicile s'est révélée apte, par le domaine d'application étendu qu'il a été possible de lui assigner, à conférer au statut juridique de la société une étendue dans l'espace suffisante pour en garantir le bon fonctionnement et rendre compte du fait que la société est un sujet de droit doté de la personnalité morale et titulaire d'un patrimoine unique.

La plupart des conflits étudiés opposant la loi de la société à une loi compétente à un autre titre (loi d'autonomie, *lex loci contractus, lex loci delicti, lex rei sitæ, lex fori*) ont pu être résolus au profit de la loi de la société. Il en a été ainsi en matière d'émission de titres de publicité, sous réserve de la publicité organisée par la *lex fori*. Des solutions analogues ont été données aux conflits de lois relatifs aux pouvoirs et à la responsabilité civile des organes sociaux, à la dissolution, la liquidation et le partage.

Seuls ont échappé pratiquement à son empire les matières régies par des lois de police et de sûreté (transfert des titres visés par les réformes récentes. Responsabilité pénale) et aussi les institutions soumises pour des raisons péremptoires à une loi inconciliable avec celle de la société (faillite). Il faut d'ailleurs remarquer que, dans ces divers cas, les solutions admises ont marqué non pas l'abandon du territorialisme, mais le retour à une territorialité plus stricte puisque pour avons admis le plus souvent la compétence de la *lex fori* ou de la *lex rei sitæ*.

On peut donc dire que, par la souplesse du territorialisme dont elle procédait, la loi choisie a pu concilier les divers intérêts en présence. Cette souplesse et cette modération apparaissent d'ailleurs dans la définition que l'on peut donner de la loi du domicile telle qu'elle a été appliquée, loi de nature territoriale possédant un domaine d'application extraterritorial.

De l'étude des conflits de lois relatifs aux sociétés on peut donc tirer un double enseignement : La possibilité de consacrer en droit international une conception unitaire de la société, le bien-fondé du triomphe du territorialisme, conception qui est susceptible, si on la dote de la souplesse désirable, de s'adapter à des matières qui semblent de prime abord lui être hostiles.

264. — Ces conclusions peuvent-elles demeurer valables dans l'avenir, ou au contraire l'évolution de la politique économique vers le dirigisme et la nationalisation est-elle susceptible de modifier profondément sinon de supprimer les problèmes de conflits de lois relatifs aux sociétés commerciales ?

Il est certain que la généralisation des nationalisations aurait pour conséquence de détruire le concept de société tel qu'il est conçu actuellement, en faisant de la société une simple émanation de l'Etat. Il supprimerait par voie de conséquence toute difficulté dans la détermination de la loi applicable et empêcherait le jeu des principes normaux de solution de conflits de lois qui seraient réglés uniquement par des conventions internationales.

Mais ces conséquences extrêmes sont liées à notre avis à la forme la plus absolue de l'intervention de l'Etat, la nationalisation. La simple généralisation du contrôle de l'Etat ne saurait être aussi radicale. Elle peut seulement conduire à l'application généralisée du système de l'autorisation comme critère de détermination de la compétence législative et à l'admission d'un territorialisme de plus en plus strict se manifestant notamment par la promulgation de lois de police et de sûreté. Encore faut-il remarquer que cette dernière conséquence n'est pas inéluctable ; dirigisme ne signifie pas nécessairement autarcie. La politique de l'Etat sur le terrain des conflits de lois comme sur celui de la jouissance des droits sera toujours subordonnée à sa situation économique et au besoin plus ou moins grand qu'il aura des sociétés étrangères.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage et non aux pages)

INTRODUCTION GÉNÉRALE

NUMÉROS

Interdépendance du développement des sociétés commerciales et de l'expansion du commerce international..... 1

L'intérêt de l'étude du Droit International des sociétés est-il lié au libéralisme économique ?..... 1

Incidence du dirigisme sur le droit international des sociétés,
— en matière de jouissance des droits..... 2
— en matière de conflits de lois..... 2

Justification de la distinction de la jouissance des droits et des conflits de lois..... 2

La carence doctrinale relative aux conflits de lois en matière de sociétés. Son absence de justification..... 2

SECTION I. — ANALYSE DU CONCEPT DE SOCIÉTÉ

Le heurt du contrat et de la personne morale..... 3

La double difficulté à laquelle se heurte leur conciliation :
a) Impossibilité de recourir à une solution éclectique 3
b) Difficulté d'arriver à des solutions applicables à toutes les sociétés..... 3

A. — *Les principes de solution de conflits de lois résultant du caractère contractuel de la société*..... 4

Exposé des différents principes..... 4

Difficultés engendrées sur le plan contractuel par le caractère complexe du contrat de société..... 5

B. — *Les principes de solution de conflits de lois résultant du caractère institutionnel de la société*..... 6

Théorie de la réalité et théorie de la fiction..... 6

Leurs conséquences respectives..... 6

L'intérêt des tiers..... 7

L'intérêt de l'Etat..... 7

Leur conséquence : retour au territorialisme..... 7

NUMÉROS

SECTION II. — LE PRINCIPE DE SOLUTION DE CONFLITS DE LOIS PROPOSÉ : NÉCESSITÉ D'UN TERRITORIALISME MODÉRÉ

Nécessité d'une méthode dogmatique..... 8

A. — *Le principe de territorialité*..... 9

1°) *Le territorialisme est conforme à l'évolution moderne du droit international privé*..... 9

Echec des tentatives universalistes..... 9
La position du Comité Français de Droit International privé.. 9

2°) *Le territorialisme est conforme à l'évolution moderne du droit des sociétés*..... 9

Individualisation de chaque droit national..... 9
Extension du contrôle étatique..... 9

B. — *Définition du territorialisme proposé*..... 10

Nécessité de concilier le territorialisme :
a) avec les principes de solution de conflits de lois qu'a révélés l'analyse du concept de société..... 10
b) avec les besoins du commerce international..... 10
Nécessité d'une souplesse suffisante pour assurer le bon fonctionnement de la société..... 10
Difficulté d'une telle conciliation. Les moyens d'y parvenir.. 10

1°) *Le territorialisme proposé doit être suffisamment souple pour pouvoir s'adapter au particularisme de la situation envisagée*. 10

Les deux conceptions du territorialisme.
Rejet de la compétence normale et générale de la *lex fori* 10
Sa compétence exceptionnelle fondée sur l'ordre public.. 10
Compétence de la *lex loci*..... 10

2°) *L'application du territorialisme ne doit pas être systématique* 10

Nécessité d'une concordance entre le territorialisme et les intérêts nationaux. 10
Nécessité d'assurer la permanence et l'unité du statut juridique de la société..... 10
Annonce du plan. Division en 3 parties :
— La détermination de la loi de la société..... 10
— La permanence de la loi de la société..... 10
— Le domaine de la loi de la société..... 10

NUMÉROS

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

Position du problème..... 11
Intérêts de la détermination de la compétence législative :
— Particularisme des différentes législations..... 11
— Eparpillement des divers éléments de la société..... 11
Principes généraux qui doivent dominer la recherche d'un critère de compétence législative :
— L'élément de rattachement choisi doit être tel que le pays dont la loi sera compétente représente le centre effectif de la vie sociale..... 12
— L'élément de rattachement choisi doit présenter une stabilité suffisante pour assurer la continuité du statut juridique de la société..... 12

Titre I

Recherche du critère de détermination de la compétence législative

Critères objectifs et critères subjectifs..... 13
Les divers éléments susceptibles de fonder le critère de compétence législative : le contrat, la personnalité des associés et des dirigeants sociaux, la personnalité morale..... 13

Chapitre I

Les critères fondés sur la notion de contrat

Importance du contrat dans la société : c'est lui qui donne naissance à la personnalité morale..... 14
Les différentes lois découlant de l'idée de contrat : loi d'autonomie et loi du lieu de constitution..... 14

Section I. — La loi d'autonomie

Portée exacte du principe d'autonomie en matière contractuelle. 15
Appréciation de l'opportunité de l'application de la loi d'autonomie à la société :
argument favorable : Identité des problèmes de compétence législative en matière de sociétés et en matière contractuelle. 15
arguments défavorables : Particularisme du contrat de société. Existence d'une personne morale..... 15

NUMÉROS

A. — *Particularisme du contrat de société*..... 16

Augmentation des dangers de fraude due :
— au fait que la société est un contrat d'union d'intérêts 17
— à l'importance des intérêts pécuniaires en jeu..... 17
Intérêt de l'Etat..... 17
Déséquilibre entre l'importance respective du lieu de conclusion et du lieu d'exécution du contrat de société..... 17
Analogies entre le contrat de société et le contrat de mariage.. 17
Limitation dans le contrat de mariage de l'autonomie de la volonté..... 17
Impossibilité d'étendre au contrat de société la solution de compétence législative admise pour le contrat de mariage. 17

B. — *Conséquences de l'existence d'une personne morale*.... 18

Absence de discussion entre fondateurs et souscripteurs..... 18
Influence de la réapparition de l'*intuitus personæ* sur la solution des conflits de lois : elle conduit au rejet de la loi d'autonomie..... 18
Rejet de la loi d'autonomie pour les sociétés de personnes.... 18
Intervention de l'intérêt des tiers..... 18
Système intermédiaire reposant sur la distinction des conditions de création de la société et de la capacité de la personne morale. Critique et rejet 19
Cas des groupements sans personnalité morale..... 20
Absence de vie externe..... 20
Absence d'intérêt de l'Etat..... 20
Détermination de la compétence législative :
— au cas de fixation expresse par les parties..... 21
— au cas de silence des parties..... 21
Examen de la jurisprudence. Jurisprudence américaine. Jurisprudence allemande. Jurisprudence française..... 21
Jugement du Tribunal Civil de la Seine du 2 juin 1922..... 21
Arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 août 1940..... 21
Résolution de l'Institut de Droit International..... 21

Section II. — La loi du lieu de constitution

La loi du lieu de constitution conduit aux mêmes conséquences que la loi d'autonomie..... 22
Théorie de Pillet. Critique 23
La règle : *Locus regit actum*. Arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 juillet 1899. Critique. Portée d'application exacte de la règle *Locus regit actum*..... 23

NUMÉROS

Impossibilité de soumettre à une loi différente règles de fond et règles de formes..... 23
Rejet de la loi du lieu de constitution par la jurisprudence : Jurisprudence Française. Jurisprudence Belge. Projet de l'International Law Association..... 24
Le système de Thaller : La loi du lieu d'émission. Critique et rejet. 24

Chapitre II

Les critères fondés sur la personnalité des associés et des dirigeants sociaux

Justification de la compétence de la loi nationale des associés par l'application des principes de solution admis en matière contractuelle : compétence de la loi nationale commune. 25
Son admission par les jurisprudences allemande et italienne.. 25
Son rejet par la jurisprudence française..... 25
Justification invoquée par les partisans de la loi nationale des associés : la société n est qu'un agrégat d'individus..... 25
Les deux lois auxquelles conduit la personnalité des associés : loi de l'unanimité et loi de la majorité..... 25

SECTION I. — LA LOI DE L'UNANIMITÉ

La conception de de Vareilles-Sommières 26
Portée exacte de cette opinion : elle est restreinte aux problèmes de jouissance des droits..... 26
Le Jugement du Tribunal Civil de la Seine du 26 mai 1884.. 26
Critique de la loi de l'unanimité..... 27
Sa portée est restreinte au cas où tous les associés ont la même nationalité. 27
Elle ne permet pas d'assurer la continuité du statut juridique de la société. 27
Appréciation de l'opportunité d'appliquer la loi de l'unanimité aux sociétés de personnes 28
Arguments favorables. Rôle l'*intuitus personæ*. Critique : existence de la personnalité morale..... 28
La concordance entre la loi régissant le statut de la société et celle régissant l'état et la capacité de ses membres n'est pas nécessaire. 28
Manque de permanence de la loi de l'unanimité..... 28

NUMÉROS

SECTION II. — LA LOI DE LA MAJORITÉ

La loi de la majorité est un assouplissement de la loi de l'unanimité. 29
La conception de la personnalité morale qui implique l'adoption de ce système : Théorie de la fiction. 29
Rejet et critique de la Théorie du contrôle sur le terrain des conflits de lois. 29
La loi nationale des associés est contraire aux besoins du commerce international, aux intérêts des tiers et à ceux de la société elle-même. 30
Hostilité de la doctrine, de la jurisprudence et du législateur à l'application de la théorie du contrôle en matière de conflits de lois. 31

Chapitre III

Les critères fondés sur la personnalité morale

Importance envahissante de la personnalité morale. 32
Seuls les critères tirés de la personnalité morale permettent d'assurer l'unité et la continuité du statut juridique de la société. 32
Les critères fondés sur la personnalité morale : le lieu d'autorisation, le siège social, le centre d'exploitation. 32
La controverse nationalité-domicile : son intérêt au point de vue des conflits de lois 32

SECTION I. — LA LOI D'AUTORISATION

Son application dans les pays à législation communiste. 33
Son application en droit anglais. 33
Son application en France. Sociétés d'assurance. 34
Sociétés de banque. 35

SECTION II. — LA LOI NATIONALE DE LA SOCIÉTÉ

A. — *La controverse doctrinale relative à la nationalité des sociétés.* 36
1°) La doctrine classique favorable à la nationalité des sociétés. Théorie de M. L. Mazeaud. 37
2°) Les systèmes intermédiaires :
a) Le système de Lyon-Caen. Critique. 38
b) La distinction de la nationalité de droit public et de la nationalité de droit privé. Critique. 39

NUMÉROS

3°) Les doctrines rejetant le concept de nationalité des sociétés. Théories de de Vareilles-Sommières, de Pillet et de M. Niboyet. 40

B. — *La Jurisprudence française*. 41

Unanimité de la jurisprudence quant à l'application aux sociétés du concept de nationalité. 41

La nationalité s'est dégagée par le canal du statut personnel. . 41

C. — *Le système proposé*. 42

Les différents problèmes que posent les sociétés commerciales en Droit International Privé peuvent-ils être résolus en fonction d'un lien d'allégeance se fondant sur un critérium de rattachement unique ?. 43

Distinction des problèmes de jouissance des droits et des problèmes de conflits de lois. Justification de cette distinction 44

Existe-t-il entre l'un des deux liens d'allégeance unissant la société à l'Etat et la nationalité des analogies suffisantes pour qu'il soit possible de parler de nationalité des sociétés? 45

Admission du concept de nationalité des sociétés sur le terrain de la jouissance des droits. 45

Rejet sur le terrain des conflits de lois. 45

SECTION III. — LA LOI DU DOMICILE

Avantages de la loi du domicile. 46

Elle est conforme aux besoins du commerce international. . . . 47

Elle permet de faire coïncider compétence juridictionnelle et compétence législative. 47

Elle est conforme à l'évolution récente de la science des conflits. 47

TITRE II

MISE EN ŒUVRE DU CRITÈRE DE DÉTERMINATION DE LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

Nécessité de préciser le concept abstrait de domicile. 48

Les divers problèmes qui se posent: Le conflit de qualifications. La détermination du domicile social, les obstacles à la compétence du domicile. 48

Chapitre I

Le conflit de qualifications

Nécessité d'adapter au particularisme des sociétés les solutions données pour la qualification du domicile des individus. . 49

NUMÉROS

SECTION I. — ÉTUDE DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DOCTRINAUX

1er *système : Les conditions du domicile doivent être régies par la loi nationale de l'individu ou de la société*..... 50
Critique de ce système et de l'application qui en est faite aux sociétés par M. Barbosa de Magalhaes..... 50

2e *système : Théorie de la loi territoriale*..... 51
Son application par le code Bustamante. Critique..... 51

3e *système : L'autonomie de la volonté*..... 52
Exposé de cette théorie. Critique : En droit interne la volonté n'est pas seule prise en considération pour la fixation du domicile. 52
Il est inexact de prétendre que les solutions du droit international peuvent être découvertes par la projection sur le plan international des institutions du droit interne..... 52
L'application de la loi d'autonomie comme loi compétente pour régir la qualification du domicile social laisse la porte ouverte à la fraude..... 52

4e *système : La qualification du domicile doit être soumise à la loi compétente pour régir au fond le rapport de droit* 53
Exposé de ce système préconisé par MM. H. Donnedieu de Vabres, A. Rollin et Levasseur..... 53
Critique de ce système. Son manque de logique..... 53

SECTION II. — LE SYSTÈME PROPOSÉ : APPLICATION DE LA « LEX FORI »

1°) *Le problème de la détermination des conditions du domicile est un problème de qualification*..... 54
L'opinion de M. Niboyet. Critique..... 54
L'opinion de M. Levasseur. Critique : La qualification du domicile social n'est pas une qualification secondaire..... 54

2°) *La Lex Fori est seule compatible avec la sauvegarde des intérêts nationaux et le respect de la souveraineté*.... 55
La compétence d'une loi étrangère rendrait inefficace les garanties édifiées par la jurisprudence française contre la fraude des fondateurs. 55
Elle expliquerait de la part de l'Etat une autolimitation injustifiée de sa souveraineté..... 56

Examen de la jurisprudence.
Arrêt de Cour d'Aix du 26 janvier 1883..... 57
Jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 3 mai 1889 57

NUMÉROS

Conclusion : La Jurisprudence Française admet la compétence de la *lex fori*..... 57
Les exceptions éventuelles à la compétence de la *lex fori*..... 57
Cas de la qualification après renvoi..... 57
Sa rareté pratique. 57
Existence d'un traité diplomatique..... 57

Chapitre II

La détermination du domicile social par la jurisprudence française

Complexité de la tâche de la jurisprudence : nécessité d'adapter aux sociétés et aux exigences du commerce international des textes prévus pour les individus en droit interne 58
Le caractère double de l'œuvre jurisprudentielle..... 58

Section I. — Le principe de la compétence de la loi du siége social

Les deux étapes de l'évolution jurisprudentielle..... 59
1°) *La lutte entre le siège social et le centre d'exploitation*... 60
L'arrêt de la Chambre civile du 31 mai 1848..... 60
Le jugement du Tribunal Civil de St-Etienne du 30 décembre 1868. 60
L'opinion de Lyon-Caen et Renault..... 60
Critique de l'utilisation du centre d'exploitation comme fondement de la compétence législative..... 60
Son abandon par la jurisprudence..... 60
2°) *Le triomphe du siège social*.. 61
La jurisprudence française. 61
La jurisprudence étrangère. 61
Avantages de la loi du siège social..... 61
Elle permet de conférer l'unité au statut de la société..... 61

Section II. — Les caractères que doit présenter le siège social pour déterminer la loi de la société

Les deux conceptions extrêmes. 62
Les conceptions intermédiaires. 62
Etude de la jurisprudence..... 63
Exigence d'un siège social réel et effectif..... 63
Théorie de M. Arminjon. Critique..... 64
Exigence d'un siège social non frauduleux..... 65
Application de la théorie de la fraude à la loi..... 65

NUMÉROS

Opinion de M. Niboyet. Critique..... 65
Appréciation de la fraude par la jurisprudence..... 66
Retour partiel à l'idée de domicile élu..... 66
La sanction de l'existence d'un siège social fictif ou frauduleux. 67
Système de M. Hémard. 67
Système jurisprudentiel. 67

Chapitre III

Obstacles à la compétence de la loi du siège social

Distinction de l'obstacle de fait et de l'obstacle de droit..... 68

SECTION I. — OBSTACLE DE FAIT A L'APPLICATION DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL : L'ADOMIDIE DE LA SOCIÉTÉ

Distinction du changement volontaire de siège social et de la perte du siège social..... 69
Le problème des sociétés russes..... 69
Leur situation avant 1917. Les décrets de nationalisation..... 69
Les problèmes de conflits de lois qu'elles posent..... 70
1°) Cas des sociétés russes « reconstituées » en France sous forme de sociétés françaises..... 71
2°) Cas des sociétés russes possédant des succursales en France. 72
3°) Cas des sociétés russes possédant des biens en France, mais dépourvues d'organisation dans notre pays..... 73

SECTION II. — OBSTACLE DE DROIT A L'APPLICATION DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL : LA THÉORIE DU RENVOI

Position du problème. 74
Rareté du renvoi en matière de sociétés..... 74
Critique de la théorie du renvoi..... 75
Les difficultés qu'elle engendre au cas de renvoi au second degré. 75
L'abdication de souveraineté qu'elle implique de la part de l'Etat qui accepte le renvoi..... 76
Nécessité de résoudre le conflit négatif en ménageant les susceptibilité des Etats en présence..... 76
Les tentatives faites en ce sens..... 76
A. — *Théorie de M. Lerebours-Pigeonnière*..... 77
Exposé de ce système..... 77
Son application aux sociétés..... 77
Les difficultés qu'elle soulève..... 78

NUMÉROS

1°) Difficulté de dégager une règle subsidiaire de conflit..... 78
2°) La complexité engendrée par le système de M. Lerebours-Pigeonnière, lorsque la loi compétente en vertu de la règle subsidiaire française refuse cette compétence..... 78

B. — *Théorie de M. Niboyet*..... 79
Exposé de ce système. Critique..... 79

C. — *Système proposé :* combinaison du système de M. Lerebours-Pigeonnière et de la conception de M. Niboyet.... 80

DEUXIÈME PARTIE

LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

Le double problème posé..... 81

TITRE I

LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ AU CAS DE STABILITÉ DU SIÈGE SOCIAL

La controverse entre les tenants de la théorie de l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité et ceux de la théorie du respect international des droits acquis..... 82

Chapitre I

Théorie fondant la permanence de la loi de la société sur son caractère de loi d'état et de capacité

Exposé de la théorie..... 83
Son application par la jurisprudence française..... 83
Son application par la jurisprudence étrangère..... 83
Critique de cette théorie..... 84

Chapitre II

Théorie fondant la permanence de la loi de la société sur le principe du respect international des droits acquis

Conception de Pillet..... 85
Distinction de deux moments dans la vie du rapport de droit. 85

SECTION I. — PORTÉE DU PRINCIPE DU RESPECT INTERNATIONAL DES DROITS ACQUIS EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

Les différentes conditions d'application du principe..... 86
Nécessité d'un transfert..... 86

NUMÉROS

Le droit doit exister effectivement et définitivement d'après la loi qui a présidé à sa création..... 86
Cas dans lesquels cette condition n'est pas remplie en matière de sociétés. 87
Les sociétés de fait..... 87
Système de M. Niboyet..... 87
Solution donnée par la Cour de Bruxelles dans l'affaire de la banque russo-asiatique. 88
Exposé des faits. 89
Examen de la décision..... 90-91

SECTION II. — UTILITÉ DU PRINCIPE DU RESPECT INTERNATIONAL DES DROITS ACQUIS COMME FONDEMENT DE LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ.

Extension abusive du respect des droits acquis au conflit mobile. 92
Avantages du principe au cas de stabilité du siège social..... 93
Critique : L'utilité du respect des droits acquis est limitée à deux hypothèses. 94

1re *hypothèse* : la loi de la société dont on veut invoquer la permanence en France n'était pas compétente en vertu du système français de solution de conflits de lois pour présider à la constitution de la société, la règle française de conflit attribuant compétence à une autre loi étrangère.. 94

2e *hypothèse* : la loi de la société est bien compétente en vertu du système français de solution de conflits de lois, mais certaines de ses dispositions sont contraires à l'ordre public français. 95
Rôle positif et négatif de l'ordre public..... 95
Divisibilité de l'ordre public..... 96
Intensité de l'ordre public..... 96
Caractère territorial de l'ordre public..... 96
Application aux sociétés : l'ordre public ne joue guère au moment de la constitution de la société..... 97
Cas des sociétés exploitant des maisons de jeu..... 97
Intérêt restreint de l'application du respect international des droits acquis. 97
Raison de cet intérêt restreint : le respect des droits acquis est fondé sur le respect des souverainetés..... 99
Système de M. J. Donnedieu de Vabres : Le respect des droits acquis, instrument au service de l'universalisme..... 99

NUMÉROS

Rejet du respect international des droits acquis comme fondement de la permanence de la loi de la société..... 100
Conclusion : La permanence de la loi de la société a sa source dans la règle de conflit elle-même..... 101

TITRE III

INFLUENCE DU CHANGEMENT DE SIÈGE SOCIAL SUR LA PERMANENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

Les différents moyens pour une société d'étendre son activité ou de la déplacer : la succursale, la filiale. Critique..... 102
Avantages du transfert du siège social..... 102

Chapitre I

Le conflit mobile créé par le changement de siège social

Théorie de Pillet. Critique..... 103
Rejet de la réttroactivité de la loi nouvelle..... 104

SECTION II. — THÉORIES ADMETTANT QUE LE CHANGEMENT DE SIÈGE SOCIAL N'EXERCE AUCUNE INFLUENCE SUR LA LOI DE LA SOCIÉTÉ.

A. — *Explications reposant sur des justifications d'ordre théorique.*..... 105
1°) *Justification de la survie de la loi originaire par l'appel à la théorie des droits acquis*..... 106
L'application du respect international des droits acquis apporte un élément nouveau..... 106
Critique :
a) *La survie de la loi originaire peut se justifier par des arguments étrangers à la théorie des droits acquis*..... 107
Théorie de M. Bartin..... 107
b) *L'adoption de la théorie des droits acquis peut conduire à l'affirmation du principe de l'application immédiate de la loi nouvelle.*..... 108
Théorie de M. Lerebours-Pigeonnière..... 108
Théorie de de Vareilles-Sommières..... 109
Théorie de M. Niboyet..... 110
2°) *Justification de la survie de la loi du siège social originaire par l'appel aux principes généraux de solution des conflits de lois dans le temps*..... 111
Analogies entre le conflit mobile et le conflit de lois dans le temps..... 111

NUMÉROS

La solution admise par la jurisprudence pour les conflits de lois dans le temps en matière contractuelle..... 111
Impossibilité d'appliquer cette solution au conflit mobile créé par le changement du siège social..... 111
a) *Critique de l'application aux sociétés des principes de solution de conflits de lois dans le temps admis en matière contractuelle.* 112
b) *Critique de l'extension au conflit mobile créé par le changement de siègle social des principes de solution du conflit de lois dans le temps résultant de l'abrogation de certaines dispositions du droit interne des sociétés*..... 113
B. — *Explication reposant sur des considérations d'ordre pratique.* 114
Opinion de Wahl. Critique. 114

SECTION II. — SYSTÈME PROPOSÉ : APPLICATION IMMÉDIATE DE LA LOI DU SIÈGE SOCIAL NOUVEAU

1^er^ *argument : L'application immédiate de la loi du siège social nouveau est dicté par les principes généraux de solution des conflits mobiles.* 115
L'application de la loi nouvelle n'est pas dangereuse pour la stabilité du droit. 115
Elle est dictée par les nécessités de sécurité juridique du commerce interne. 116
Le raisonnement à suivre pour résoudre le conflit mobile créé par le changement de siège social..... 116
2^e^ *argument : L'application immédiate de la loi du siège social nouveau est dictée par des considérations pratiques résultant de la situation créée par le changement de siège social* 117
Le bon fonctionnement de la société..... 117
La protection des sociétés ayant leur siège social en France depuis leur constitution. 117
L'intérêt des Etats en présence..... 118
L'intérêt des tiers. 118

Chapitre II

Influence du changement de siège social sur la vie de la société

Intérêt du problème. 119
A. — *Théorie niant la possibilité du changement de siège social sur le plan international*..... 120
Argument tiré du fait que la société est une fiction. Critique.. 120

NUMÉROS

B. — *Théorie admettant la validité du changement de siège social.* 121
Argument tiré des différentes dispositions législatives autorisant des modifications profondes des statuts..... 121
C. — *Système proposé*..... 122
1°) *Justification, sur le plan théorique, de la validité du transfert dans un pays étranger du siège social de la société*.. 122
2°) *Justification, sur le plan pratique, de la validité du transfert du siège social d'une société en pays étranger*..... 123
Intérêt pour les dirigeants sociaux..... 123
Absence de danger pour l'Etat et pour les tiers contractant avec la société. 123
D. — *Le droit positif*..... 124
La législation : lois du 22 novembre 1913 et loi du 7 mars 1925, art. 31. 124
Jurisprudence :
L'arrêt de la Chambre Civile du 26 novembre 1894..... 124
Le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 20 janvier 1923. 124
L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 juillet 1935 et le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 22 décembre 1938. 124

Chapitre III

Des modifications que doit faire subir à son statut juridique une société étrangère transférant son siège social en France

Nécessité d'opérer une sélection parmi les différentes dispositions de la loi française..... 125
Rejet de la distinction touchant les dispositions de gestion externe et celles de gestion interne..... 126

SECTION I. — DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR RÉGIR LE TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL

Domaine respectif d'application de la loi du siège social ancien et de la loi du siège social nouveau..... 127
Cas où la société n'a satisfait qu'aux conditions de l'une d'entre elles :
1°) *La société qui a satisfait aux exigences posées par la loi du siège social ancien n'a pas mis ses statuts en harmonie avec la loi du siège social nouveau*..... 128
2°) *La société qui a mis ses statuts en harmonie avec la loi du siège social nouveau n'a pas satisfait aux exigences posées par la loi du siège social ancien*..... 128

NUMÉROS

SECTION II. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES A TOUTES LES SOCIÉTÉS

Conditions de fond. 129
Conditions de forme. 129
Publicité. 130

SECTION III. — DISPOSITIONS SPÉCIALES A CHAQUE FORME DE SOCIÉTÉ

A. — *Les sociétés de personnes*. 131

1°) *Sociétés en nom collectif*. 132
Dispositions relatives à la responsabilité des associés. 132
Incapacité de l'un des associés d'après la loi française. 132
2°) *Sociétés en commandite simple*. 133
La loi applicable à la sanction de l'immixtion du commanditaire dans les affaires sociales. 133

B. — *Les sociétés anonymes*. 134

La société doit se soumettre aux règles de la loi française relatives :
à la valeur des actions. 134
à la souscription intégrale du capital social. 134
à la libération du quart (problème posé par la loi du 4 mars 1943). 135
à l'art. 7 de la loi de 1893. 135
Le problème posé par les actions d'apport. 136
Le nombre des membres de la société. 136

C. — *Les sociétés à responsabilité limitée*. 137

Règles relatives au capital social. 137
Problème posé par la responsabilité solidaire des premiers associés qui garantissent la juste évaluation des apports en nature. 137

TROISIÈME PARTIE

LE DOMAINE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

Affirmation du domaine d'application général de la loi du siège social. 138
Les deux obstacles qu'elle peut rencontrer :
obstacle normal résultant de la territorialité du droit. . . . 138
obstacle exceptionnel résultant de l'ordre public. 138

NUMÉROS

TITRE I

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS

Distinction des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux. 139

Chapitre I

Les conflits de lois relatifs à l'émission des titres

Émission sur le plan interne et émission sur le plan international. 140
Complexité du contrat d'émission. 140

SECTION I. — LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ ÉMETTRICE ET DES SOUSCRIPTEURS

Particularisme du contrat de souscription entraînant la compétence de principe de la loi de la société. 141

A. — *Conflits de lois relatifs aux conditions de la souscription* 142

La loi applicable à la libération des actions. 142
La loi applicable à la forme des titres émis. 142
Rôle de la publicité. 142

B. — *Conflits de lois relatifs aux effets du contrat de souscription*. 143

Étendue des effets du contrat de souscription dans le temps. . 143
Loi applicable à l'obligation aux versements. 143
La loi applicable à la sanction de cette obligation. 143
Détermination des personnes responsables. 143
Détermination des personnes qui peuvent réclamer le versement du reliquat : La compétence législative en matière d'action directe. 144
L'exécution en Bourse. 145
La loi applicable à la prescription libératoire. 146
Les différentes théories. 147-148
La jurisprudence. 149
Le rôle de l'ordre public. 150
Système proposé : compétence de la loi de la société. 150
La solution analogue admise pour la déchéance des porteurs de titres devenus remboursables qui n'ont pas réclamé le remboursement dans le délai fixé. 150

NUMÉROS

SECTION II. — LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DU BANQUIER CHARGÉ DE L'ÉMISSION AVEC LES SOUSCRIPTEURS ET LA SOCIÉTÉ

Examen des différents procédés d'émission..... 151
Le placement à commission. La prise ferme..... 151
L'engagement de garantie. 151
Incidence du procédé employé sur la solution du conflit de lois 151
Les procédés du droit étranger..... 151

A. — *Les conflits de lois relatifs à l'utilisation par les sociétés de commerce étrangères des procédés d'émission du droit français.* 152

a) *La loi applicable aux rapports du banquier et de la société émettrice.* 152
La compétence législative en matière de placement à commission. 152
La compétence législative en matière de prise ferme..... 153
La compétence législative en matière d'engagement de garantie. 154

b) *La loi applicable aux rapports du banquier et des souscripteurs.* 155
Le banquier n'est qu'un offrant apparent, l'offrant réel demeure la société. 155

B. — *Les conflits de lois relatifs à l'utilisation par les sociétés de commerce étrangères aux fins d'émission en France des institutions originales du droit étranger*..... 156

Le contrat de trust du droit anglo-saxon..... 156
La prétendue analogie entre le trust et la prise ferme..... 156
Distinction du Stock trust agreement et du trust français.... 157

a) *La validité en France du contrat de trust*..... 158
Compétence de principe de la loi étrangère à titre de loi de la société ou de loi d'autonomie..... 158
Y a-t-il lieu de faire jouer l'exception d'ordre public ?..... 158
Système de M. Lorber. 159
Système de M. Lagarde. 159
Examen de la jurisprudence. 159

b) *De l'utilité pratique et de la possibilité juridique pour les sociétés étrangères d'émettre en France des titres au porteur par le moyen du trust deed*..... 160
Diminution de l'intérêt pour les sociétés étrangères d'émettre leurs titres en France sous la forme au porteur..... 160
Distinction du Stock trust agreement et du trust français.... 160

NUMÉROS

Chapitre II

Les conflits de lois relatifs aux apports en nature

Les problèmes originaux de conflits de lois créés par l'existence d'apports en nature..... 161

SECTION I. — DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR RÉGIR L'APPORT EN SOCIÉTÉ

Conflit entre la loi de la société et la *lex rei sitæ*..... 162
Rejet de la compétence de la *lex rei sitæ* pour toutes les matières étrangères au transfert de propriété..... 162
Cas de l'apport en société d'un fonds de commerce..... 163

SECTION II. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA VÉRIFICATION DES APPORTS EN NATURE

Système français. 164
Système allemand. 164
Système anglais. 164
Comparaison entre l'estimation des apports en nature et la lésion dans la vente d'immeubles..... 165
Compétence de la loi de la société..... 166

Chapitre III

La publicité des sociétés

Intérêt de la publicité au point de vue des conflits de lois.... 167

SECTION I. — DU PRINCIPE QUE LA PUBLICITÉ DES SOCIÉTÉS EST SOUMISE A LA LOI DU SIÈGE SOCIAL

La solution de la jurisprudence : Le jugement du Tribunal civil de Lille du 13 juin 1897..... 168
Le fondement de la compétence de la loi de la société :
La règle « Locus regit actum ». Critique..... 168
L'intérêt des tiers. Son exactitude relative..... 168
L'arrêt de la Cour de Rabat du 7 mars 1923..... 168
La loi applicable à la sanction des règles de publicité : compétence de principe de la loi de la société. Critique de la solution contraire donnée par la Cour de Rabat..... 169
Inconvénients de la compétence exclusive de la loi de la société en matière de publicité. Examen des deux remèdes possibles :
Création d'une publicité sur le plan international..... 170
Création d'une publicité soumise à la loi locale..... 170

NUMÉROS

Système proposé : superposition d'une publicité locale à celle exigée par la loi de la société..... 170

SECTION II. — LE DOMAINE DE LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU FOR EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ

La loi de 1919 complétée et modifiée par l'art. 4 du décret-loi du 30 octobre 1935..... 171
Opposition du système jurisprudentiel français et des systèmes étrangers..... 171
Absence de problème de compétence législative en présence de textes spéciaux..... 171
Existence d'un double problème de qualification :
Qualification de la succursale..... 172
Qualification du caractère civil ou commercial de la société..... 172
La loi française est-elle compétente à titre de *lex fori* ou de loi du domicile secondaire de la société ?..... 172

TITRE II

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AU RÉGIME DES TITRES ÉMIS PAR LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Distinction des conflits de lois relatifs à l'émission des titres et de ceux relatifs à leur circulation..... 173
Nature complexe du titre qui est un meuble et une créance... 173
Caractère de généralité des conflits de lois relatifs aux titres.. 174
Particularités dérivant du fait que le titre est émis par une société : Conséquence de la réforme de la loi du 28 février 1941..... 174

Chapitre I

Les conflits de lois relatifs aux modes conventionnels de transfert de propriété des titres

Distinction du transfert des titres nominatifs et de la transmission des titres au porteur..... 175

SECTION I. — LA LOI APPLICABLE AU TRANSFERT DES TITRES NOMINATIFS

Opposition de la conception classique et de la conception moderne relativement à la nature du transfert..... 176
Intérêt de cette opposition sur le terrain du conflit de lois.... 176

Une société peut-elle établir un registre des transferts en dehors du pays du siège social ?..... 177
Cas de conflit positif..... 177
Cas de conflit négatif..... 177

SECTION II. — LA LOI APPLICABLE A LA TRANSMISSION DES TITRES AU PORTEUR

A. — *Les conflits de lois relatifs à la circulation des titres au porteur non visés par la loi de* 1941..... 178
Compétence de principe de la *lex rei sitæ*..... 179
B. — *Les conflits de lois relatifs à la circulation en France des actions et parts de fondateur de sociétés étrangères émises sous la forme au porteur*..... 180
Application de la Réforme de 1941 aux sociétés étrangères. La loi applicable au transfert du certificat nominatif..... 180
Limitation à l'empire de la loi de police du pays de circulation du titre. 180

Chapitre II

Les conflits de lois relatifs à la dépossession

Absence d'une protection internationale des porteurs de titres perdus ou volés. 181
Le système français : existence d'une double opposition..... 182
Le système anglo-saxon : la situation préférentielle faite au porteur de bonne foi..... 183

SECTION I. — LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS DE LA VICTIME ET DE LA SOCIÉTÉ ÉMETTRICE

Rejet de la *lex fori*..... 184
Etude d'un système intermédiaire..... 185
Compétence de la loi de l'établissement émetteur..... 185
Justification. 185

SECTION II. — LA LOI APPLICABLE AUX RAPPORTS ENTRE LE PROPRIÉTAIRE DÉPOSSÉDÉ ET LES TIERS PORTEURS

Intérêts du problème de conflit de lois..... 186

A. — *Théorie du statut réel du titre*..... 186
a) *Application de la « lex rei sitæ »*..... 187
Système de M. Niboyet. Critique..... 187
b) *Application de la « lex loci contractus »*..... 188
Exposé de ce système..... 188
Son adaptation par la jurisprudence française..... 188

NUMÉROS

Les critiques doctrinales à l'encontre du système jurisprudentiel. 189
Justification du système jurisprudentiel par l'appel à l'idée d'ordre public. 189
Critique de l'application de la *lex loci contractus*..... 189

B. — *Théorie du statut personnel du titre*..... 190

Exposé du système. 190
Son rejet par la jurisprudence..... 190

c) *Système proposé*. 191
La compétence législative doit reposer sur la domiciliation du titre. 191
Avantages de l'application de la loi du domicile du titre :
Sa valeur sur le terrain des principes juridiques..... 191
Sa valeur sur le terrain de l'opportunité..... 191
Examen du problème d'un point de vue universaliste..... 192
Examen du problème du point de vue nationaliste..... 192
Les inconvénients de la théorie du statut personnel du titre.. 192
Les aménagements apportés à cette théorie par M. Lagarde. Critique du système de M. Lagarde..... 192
L'incidence des réformes récentes relatives à la négociation des titres sur la solution du conflit de lois..... 193

TITRE III

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS AU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Nécessité de soumettre l'ensemble des règles relatives au fonctionnement de la société à la compétence de principe de la loi du siège social..... 194

Chapitre I

Les conflits de lois relatifs aux droits des associés, des porteurs de parts de fondateur et des obligataires

A. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits des associés*. 195
Compétence de principe de la loi de la société..... 195
Y a-t-il lieu de faire jouer le correctif de l'ordre public lorsque la loi de la société autorise une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux des actionnaires ?..... 195

NUMÉROS

La loi applicable aux droits des commanditaires dans les sociétés en commandite. 195
L'arrêt de la Cour d'Orléans du 29 décembre 1904. 195

B. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits des porteurs de parts de fondateur*. 196
Le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 17 juin 1907. 196

C. — *Détermination de la loi appelée à régir les droits des obligataires*. 197
L'arrêt de la Chambre civile du 22 mars 1944. 197
Exposé des faits. 197
Conséquences de l'arrêt sur le terrain de la compétence législative. 197

Chapitre II

Les conflits de lois relatifs à la nomination et aux pouvoirs des organes sociaux 198

SECTION I. — LA LOI APPLICABLE A LA NOMINATION DES ORGANES SOCIAUX

Domaine d'application des lois des 18 septembre et 16 novembre 1940. 199
Domaine d'application de l'ordonnance du 22 février 1945 modifiée par la loi du 16 mai 1946 sur les Comités d'entreprises. 199

SECTION II. — LA LOI APPLICABLE AUX POUVOIRS DES ORGANES SOCIAUX

Opposition de la théorie du mandat et de la théorie de la « Prokura ». 200

A. — *La loi applicable aux pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*. 201
L'arrêt de la Cour de Paris du 18 mai 1909. 201

B. — *La loi applicable aux pouvoirs des administrateurs de sociétés anonymes*. 202
Le jugement du Tribunal de Boulogne-sur-Mer. 202

C. — *La loi applicable aux pouvoirs des gérants de sociétés à responsabilité limitée*. 203

NUMÉROS

Chapitre III

Les conflits de lois relatifs à la responsabilité des organes sociaux

Principe juridique et principe d'équité..... 204

SECTION I. — LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ORGANES SOCIAUX

Caractère territorial des lois pénales..... 205
Cas où l'infraction résulte d'une fraude dans la fixation du siège social. Jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 25 octobre 1943..... 205
Cas où l'infraction est étrangère à toute fraude dans la fixation du siège social. 205
Domaine d'application du décret-loi du 8 août 1935..... 205

SECTION II. — LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ORGANES SOCIAUX

A. — *La responsabilité des gérants des sociétés de personnes.* 206
Compétence de la loi de la société..... 206

B. — *La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes.* 207

I. — *Conflits de lois relatifs à l'étendue de la responsabilité..* 207

Les divers cas de responsabilité :

a) *La responsabilité dse administrateurs en dehors de la faillite* 208
Cas de fraude dans la fixation du siège social..... 208
Absence de fraude dans la fixation du siège social:..... 208
Théorie de Pillet. Critique..... 209
Système proposé. 210
Problème de qualification. 211

b) *La responsabilité des administrateurs au cas de faillite de la société.* 212
Domaine d'application de l'art. 4 de la loi du 16 novembre 1940. 212

II. — *Conflits de lois relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs.* 213

Problème de qualification. 213
Principe de la compétence de la loi de la société..... 213
Exception : qualification préalable à la détermination de la compétence juridictionnelle. 214

NUMÉROS

TITRE IV

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA FAILLITE DES SOCIÉTÉS

Difficultés des problèmes de conflits de lois en matière de faillite. 215
Intérêt des associés. 215
Intérêt des créanciers sociaux et de l'Etat. 215
Particularisme des divers droits des faillites. 215

Chapitre I

La détermination de la loi de la faillite

Les deux conceptions possibles. 216

SECTION I. — THÉORIE DE L'UNITÉ ET DE L'UNIVERSALITÉ DE LA FAILLITE

Exposé du système. 217
Avantages. 217
Critique. 218
Son application en droit conventionnel :
Traité franco-suisse. 218
Convention franco-belge. 218
Traité franco-italien. 218
Projet de la V^e^ Conférence de D.I.P. 218
Code Bustamante. 218

SECTION II. — THÉORIE DE LA PLURALITÉ ET DE LA TERRITORIALITÉ DES FAILLITES

Exposé du système. 219
Justification de cette théorie. 220
Nécessité de faire un choix entre les deux systèmes. 220

SECTION III. — LE SYSTÈME DE LA JURISPRUDENCE

Son caractère hybride. 221
La compétence législative est liée à la compétence juridictionnelle. 221

Chapitre II

Le domaine de la loi et de la faillite

Distinction des divers conflits 222

NUMÉROS

SECTION I. — CONFLITS ENTRE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ ET LA LEX FORI

A. — *Conflits entre la lex fori et la loi de la société relativement aux conditions de la faillite* 224
1°) Impossibilité de déclarer en France la faillite de sociétés étrangères alors qne la loi du siège l'autorise :
Cas des sociétés civiles étrangères 224
Le problème de qualification : compétence de la *lex fori* 224
2°) Possibilité de déclarer en France la faillite de sociétés étrangères alors que la loi du siège social ne l'admet pas 225
Compétence exclusive de la *lex fori* 225
Cas des sociétés anglaises 225
Cas des sociétés suisses 225
Cas des sociétés américaines, norvégiennes et danoises .. 225

B. — *Les modes de saisines du tribunal* 226
Compétence de la *lex fori* 226
Limitation de cette compétence 226
Difficultés pour le dépôt du bilan 226

C. — *La liquidation judiciaire* 227
Compétence de la *lex fori* 227
Impossibilité pour une société étrangère d'obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire 227

D. — *Les conflits de lois relatifs au dessaisissement* 228
Nature du dessaisissement 228
Nécessité de le soumettre à la loi de la faillite 228

E. — *Les conflits de lois relatifs aux droits des obligataires dans la faillite* 229
Compétence de la loi de la société 229

F. — *Les conflits entre la loi de la société et la lex fori relativement aux effets de la faillite*..... 230
Compétence de la *lex fori* pour tous les effets qui sont des conséquences essentielles de la faillite 230
Compétence de la loi de la société pour les conséquences spéciales aux sociétés (d.-l. 8 Août 1935 et loi du 16 Novembre 1940). 230

SECTION II. — CONFLITS ENTRE LA « LEX FORI » ET LA « LEX REI SITÆ »

Conflits de lois relatifs aux droits réels dans la faillite : application simultanée de la loi de la faillite et de la *lex rei sitæ*. 231
La loi applicable pour décider si la faillite d'une société peut entraîner des poursuites sur les biens des associés..... 232

NUMÉROS

L'arrêt de la Haute Cour d'Angleterre du 24 juillet 1896.... 232
Critique de l'arrêt par Pillet..... 232
Justification de l'arrêt..... 232
Limitation de la compétence concurrente de la loi de la faillite et de la *lex rei sitæ* aux droits réels déjà nés lors de l'ouverture de la faillite..... 232
Loi compétente pour régir l'arrêt du cours des inscriptions.... 232

SECTION III. — CONFLITS ENTRE LA LOI DE LA FAILLITE ET LA LOI DU CONTRAT

La loi applicable à l'annulation des contrats passés pendant la période suspecte..... 233

TITRE V

LES CONFLITS DE LOIS RELATIFS A LA DISSOLUTION, A LA LIQUIDATION ET AU PARTAGE DES SOCIÉTÉS

Importance respective des conflits de lois relatifs à la dissolution, à la liquidation et au partage..... 234

Chapitre I

Les conflits de lois relatifs à la dissolution des sociétés

Compétence de la loi de la société dictée :
a) par le caractère contractuel de la société..... 235
La prétendue compétence de la loi d'autonomie, arrêt de la Chambre Civile du 11 juillet 1928..... 235
b) par le caractère institutionnel de la société..... 235
Loi applicable à la dissolution pour perte des trois quarts du capital social..... 235
Problème posé par les sociétés russes. L'ordre public ne joue pas sur le terrain de la dissolution..... 236
Son application aux Etats-Unis..... 236

Chapitre II

Les conflits de lois relatifs à la liquidation des sociétés

Particularisme de la liquidation de société opposée :
à la faillite..... 237
à la liquidation de succession et de communauté..... 237

NUMÉROS

SECTION I. — DÉTERMINATION DE LA LOI COMPÉTENTE POUR DÉCIDER S'IL Y A OU NON SURVIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

Les deux conceptions proposées :
— création d'une personne morale nouvelle..... 237
— survie de la personne morale originaire..... 238
L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 février 1925..... 238
L'intervention éventuelle de l'ordre public..... 238
Le cas exceptionnel des sociétés russes..... 239

SECTION II. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA DÉSIGNATION, AUX POUVOIRS ET A LA RESPONSABILITÉ DES LIQUIDATEURS

Conflit entre la loi de la société, la *lex fori* et la loi du mandat 240

A. — *Les conflits de lois relatifs à la désignation des liquidateurs*. 240
Distinction du liquidateur amiable et du liquidateur nommé en justice. 240
Le cas spécial des sociétés russes..... 241

B. — *Les conflits de lois relatifs aux pouvoirs des liquidateurs* 242
Distinction de la liquidation amiable et de la liquidation par voie judiciaire. 242
Liquidation amiable : le liquidateur est un mandataire de la société. 242
La jurisprudence française en matière de sociétés russes..... 242
Domaine d'application des pouvoirs du liquidateur..... 243
L'extraterritorialité admise par la jurisprudence française.... 243
Conséquence : conflit entre la loi de la liquidation et la *lex rei sitæ*. 243
Cas de la vente d'immeubles sociaux consentie par le liquidateur. 243

C. — *Conflits de lois relatifs à la responsabilité des liquidateurs* 244
Identité de solutions avec les conflits de lois relatifs aux pouvoirs des liquidateurs. 244

SECTION III. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX OPÉRATIONS DE LIQUIDATION

La cession globale de l'actif et du passif de la société..... 245
Compétence de la loi de la société..... 245
Rejet de l'exception d'ordre public..... 245

NUMÉROS

SECTION IV. — DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX DROITS DES CRÉANCIERS D'UNE SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION

Conflit entre la loi de la créance et la loi de la liquidation.... 246

A. — *Les conflits de lois relatifs à l'exigibilité des créances à terme*. 246

Compétence de la loi de la liquidation..... 246
Conflit éventuel entre la loi de la société et la *lex fori*..... 247

B. — *Conflits de lois relatifs à la prescription des actions des créanciers sociaux*. 248

Compétence de la loi de la société..... 248

Chapitre III

Les conflits de lois relatifs au partage des sociétés

Particularisme du partage des sociétés par suite de la survie de la personnalité morale jusqu'au partage..... 249
Conséquences sur le terrain des conflits de lois..... 249

SECTION I. — DU PRINCIPE QUE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ EST LA LOI DU PARTAGE

I. — *Conception soumettant le partage amiable à la loi d'autonomie*. 250

L'arrêt de la Chambre Civile du 11 juillet 1928..... 250
Sa portée exacte. 250
Critique de la jurisprudence..... 250

II. — *Le système de M. Bartin : la distinction de l'égalité des droits et de l'égalité des lots envisagée en tant que critère de détermination de la compétence législative*. 251

Exposé de cette conception..... 251
Critique. 251

III. — *La théorie de M. Niboyet : compétence de principe de la* lex rei sitæ..... 252

Exposé de cette théorie..... 252
Critique. 253

NUMÉROS

SECTION II. — PORTÉE DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

Qualification de la nature du partage : compétence de la *lex fori*. 254

A. — *La loi applicable aux conditions de forme du partage*... 255

Distinction du conflit de lois et du conflit de qualifications... 255
Conflit entre la *lex rei sitæ* et la loi de la société..... 255
Conflit entre la loi nationale de l'incapable et la loi de la société. 255
Conflit entre la loi de la société et la *lex fori*..... 256
Conflit entre la *lex rei sitæ* et la *lex fori*..... 256

B. — *La loi applicable aux conditions de fond du partage*.... 257

Idée commune : assurer l'égalité des co-partageants..... 257
Distinction de l'égalité des droits et de l'égalité des parts.... 257

I. — *Conflits de lois relatifs au rapport des dettes*..... 258

Compétence de la loi de la société..... 258

II. — *Conflits de lois relatifs à la composition des lots*..... 259

L'article 826 C. C..... 259
Le décret-loi du 17 juin 1938..... 259
Application de l'art. 826 C. C. au partage des sociétés..... 259
Compétence de la loi de la société..... 259
Intervention de l'ordre public..... 259

III. — *Conflits de lois relatifs à la rescision du partage pour lésion*. 260

Fondement de la lésion :: son caractère objectif..... 260
Conflit entre la *lex rei sitæ* et la loi de la société..... 260
Conception de M. Niboyet. 260
Critique. 260
Système proposé. 260
La jurisprudence. 260

C. — *L'effet déclaratif du partage*..... 261

La date à laquelle doit remonter la rétroactivité en matière de sociétés. 261
Nature de l'effet déclaratif..... 261
Conflit entre la loi de la société et la *lex rei sitæ*..... 261
Compétence de la *lex rei sitæ*..... 261

CONCLUSION. 262 264

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Action.

Action en numéraire (v. souscription). — Action d'apport-compétence législative au cas de changement de siège social n° 136. — Loi applicable à l'apport en société n° 162. — Action nominative (v. Titre nominatif). — Action au porteur (v. Titre au porteur). — Action non libérée (Changement de siège social n° 135). — Versement immédiat du quart n° 135.

Action directe.

Loi applicable à l'action directe n° 144.

Administrateurs.

Conflits de lois relatifs aux pouvoirs des administrateurs de sociétés anonymes n° 202. — Conflits de lois relatifs à la responsabilité des administrateurs en dehors de la faillite n° 208-211. — En cas de faillite n° 212. — Conflits de lois relatifs à la nomination des administrateurs (loi du 16 novembre 1940) n° 199.

Assemblée générale.

L'assemblée générale extraordinaire ne peut voter le transfert de siège social qu'à l'unanimité n° 124. — Cas où la loi de la société permet à l'assemblée de porter atteinte aux droits fondmaentaux des actionnaires n° 195.

Association en participation.

Loi applicable à l'association en participation n° 20-21.

Associé.

Conflits de lois relatifs aux droits des associés n° 195. — Responsabilité des associés en nom au cas de changement de siège social n° 131. — Obligation solidaire des premiers associés au cas de surévaluation des apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée n° 137.

Assurance (Société d').

Application du système de l'autorisation n° 34.

Autonomie (Loi d').

Portée au principe d'autonomie en matière contractuelle n° 15. — Application de l'opportunité de soumettre la société à la loi d'autonomie n° 16-17. — Son application aux groupements dépourvus de personnalité morale n° 20-21. — La loi d'autonomie comme loi du contrat de souscription d'obligation n° 141. — Droit des obligataires n° 197. — Théorie de le — dans la qualification du domicile n° 52 — en matière de responsabilité contractuelle n° 209. — Rôle dans la dissolution de la société n° 235. — Rôle dans le partage amiable n° 250. — Rôle dans la lésion dans le partage n° 260. — Rôle dans la faillite n° 233.

Autorisation (Loi d').

Système de l'autorisation n° 33-35.

Banque (Société de).

Système de l'autorisation n° 34.

Centre d'exploitation.

Lutte du siège social et du centre d'exploitation n° 59. — Le centre d'exploitation — règle de compétence supplétive après renvoi n° 78.

Cessation des paiements.

Distinction du droit français et du droit américain qui subordonne la déclaration de faillite à l'insolvabilité du débiteur n° 215.

Comité d'entreprise.

Domaine d'application dans l'espace de l'ordonnance du 22 février 1945 n° 199.

Commanditaire.

Immixtion dans la gestion des affaires sociales (changement de siège social) n° 133. — Loi applicable aux droits du commanditaire n° 195.

Condition des étrangers.

V. Jouissance des droits.

Conflits de lois relatifs à la constitution des sociétés n° 139 et s. — V. émission, apports, publicité.

Constitution (Loi du lieu de).

Opportunité de son application comme loi de la société n° 22.

Contrat.

Importance respective du contrat et de la personnalité morale n° 3. — Principes de solution de conflits de lois découlant du

caractère contractuel de la société n° 3. — Critères fondés sur la notion de contrat n° 14. — Loi d'autonomie n° 15. — Loi du lieu de constitution n° 22. — Particularisme du contrat de société n° 15. — Justification de la compétence de la loi nationale des associés par l'appel aux principes de solution de conflits de lois admis en matière contractuelle n° 25. — Concordance entre la renaissance de la conception du domicile élu et la survivance du contrat n° 67. — Loi applicable au contrat de souscription n° 140. — Conflits entre la loi de la faillite et la loi du contrat n° 233. — Justification de la compétence de la loi de la société en matière de dissolution par l'appel à l'idée de contrat n° 235.

Créanciers.

Détermination de la loi applicable aux droits des créanciers d'une société en liquidation n° 246.

Dessaisissement.

Compétence de la loi de la faillite n° 228.

Dissolution.

Conflits de lois relatifs à la dissolution des sociétés n° 235-236.

Domicile.

Loi du domicile n° 46. — Qualification du domicile n° 49. — Détermination du domicile social par la jurisprudence n° 58. — Le domicile élu n° 62 et s. — Domicile secondaire n° 72.

Emission.

La loi du lieu d'émission comme loi de la société (Système de Thaller) n° 24. — Les conflits de lois relatifs à l'émission des titres des sociétés n° 140.

Exécution en bourse.

Loi applicable à l'exécution en bourse n° 145.

Faillite.

Responsabilité des administrateurs en cas de faillite n° 212. — Domaine d'application du d.-l. 8 août 1935 n° 205. — Les conflits de lois relatifs à la faillite des sociétés n° 215. — Détermination de la loi de la faillite n° 216. — Domaine de la loi de la faillite n° 222.

Fraude.

Les caractères que doit présenter le siège social pour servir de fondement à la compétence législative. Application de la théorie de la fraude à la loi n° 65. — Nécessité du caractère frauduleux du changement de siège social n° 126. — Responsabilité pénale

des administrateurs au cas de fraude dans la fixation du siège social n° 205. — Responsabilité pénale en l'absence de fraude n° 205. — Responsabilité civile des administrateurs au cas de fraude dans la fixation du siège social n° 207. — En l'absence de fraude n° 207.

Jouissance des droits.

Distinction de la jouissance des droits et du conflit de lois n° 2. — Le contrôle n° 29. — Distinction de la jouissance des droits et du conflit de lois au point de vue de l'allégeance de la société n° 44.

Institution.

V. personne morale.

Lésion.

Comparaison de l'évaluation des apports en nature et de la lésion n° 165. — Loi applicable à la lésion dans le partage de société n° 260.

Lex Fori.

Rejet au territorialisme fondé sur la *lex fori* n° 10. — Compétence en matière de qualification du domicile social n° 54. — Sociétés Russes. Transfert des titres n° 180. — Dépossession n° 189. — Compétence pour régir les droits des obligataires en vertu de l'ordre public n° 197. — Rejet de sa compétence pour régir la qualification de la nature de la responsabilité n° 211. — Qualification de l'action en responsabilité n° 213. — Compétence en matière de faillite n° 224. — Domaine de sa compétence en matière de liquidation n° 239 et 245. — Domaine dans le partage n° 256. — Compétence en matière de publicité n° 171.

Lex loci delicti.

Responsabilité délictuelle des organes sociaux n° 206.

Lex rei sitæ.

Qualifications n° 51. — Apports immobiliers n° 162. — Apports d'un fonds de commerce n° 163. — Tradition des titres au porteur n° 113. — Dépossession n° 187. — Partage n° 257-260. — Faillite n° 231. — Liquidation n° 243.

Liquidation.

Conflits de lois relatifs à la liquidation n° 236. — Détermination de la loi compétente pour décider s'il y a survie de la personnalité morale n° 238. — Détermination de la loi applicable à la désignation aux pouvoirs et à la responsabilité des liquida-

teurs n° 240. — Détermination de la loi applicable aux opérations de liquidation n° 248. — Détermination de la loi applicable aux droits des créanciers d'une société en liquidation n° 149.

Liquidation judiciaire.
Impossibilité de l'appliquer aux sociétés étrangères n° 227.

Majorité (Loi de la) n° 29.

Mandat.
Opposition de la théorie du mandat et de la théorie de la Prokura. n° 201. — Conséquence découlant du caractère de contrat d'union d'intérêts de la société : analogies avec les sanctions données pour le mandat n° 5. — La compétence législative en matière de placement à commission — Extension des solutions du mandat n° 152. — Principes de solution de conflits de lois découlant du caractère de mandataire du liquidateur amiable n° 241.

Nationalité.
Nationalité des associés et des dirigeants sociaux n° 25. — Loi de l'unanimité n° 41. — Loi de la majorité n° 25. — La controverse doctrinale relative à la nationalité des sociétés n° 36. — Doctrine classique favorable à la nationalité n° 37. — Systèmes intermédiaires n° 38. — Les doctrines rejetant le concept de nationalité des sociétés n° 40. — Admission du concept de nationalité des sociétés sur le terrain de la jouissance des droits n° 25. — Rejet sur le terrain des conflits de lois n° 45.

Nullité.
Impossibilité pour les tribunaux français de prononcer la nullité d'une société étrangère n° 67. — Cas de sociétés exploitant des maisons de jeu n° 97. — Sanction du défaut de publicité n° 168.

Obligataire.
Loi applicable au contrat de souscription d'obligations n° 141. — Loi applicable aux droits des obligataires n° 197. — Droits des obligataires dans la faillite n° 229.

Obligation.
V. titres, obligataires.

Ordre public.
Limitation du rôle de l'exception d'ordre public n° 70. — Son application aux sociétés Russes n° 73. — Le jeu de l'ordre public dans l'émission n° 150. — En matière de titres au porteur perdus ou volés n° 189. — Pour la protection des obliga-

taires n° 197. — Caractère d'ordre public des lois pénales n° 205. — Jeu de l'ordre public en matière de dissolution (sociétés russes) n° 236. — Jeu de l'ordre public en matière de liquidation pour décider s'il y a survie de la personnalité morale. n° 238. — Jeu de l'ordre public dans le partage (conflits de lois relatifs à la composition des lots) n° 259.

Partage.

Détermination de la loi du partage n° 250. — Domaine de la loi du partage n° 254. — Rapport des dettes n° 258. — Composition des lots n° 259. — Rescision pour lésion n° 260. — Effet déclaratif n° 261.

Parts de fondateur.

Loi applicable aux droits des porteurs de parts de fondateur n° 196.

Personne morale.

Principes de solution de conflits de lois découlant de la personnalité morale n° 6. — Existence d'une personne morale n° 17. — Absence de personnalité morale (associations en participations) n° 20. — Négation de la personnalité morale (théorie de de Vareilles-Sommières) n° 26. — Théorie de la fiction n° 29. — Critères fondés sur la personnalité morale n° 32. — Loi d'autorisation n° 33. — Loi nationale n° 36. — Loi du domicile n° 46. — Influence du changement de siège social sur la personnalité morale de la société n° 119. — Survie de la personne morale au cas de liquidation n° 238.

Pouvoir.

Loi applicable aux pouvoirs de gérants de sociétés en nom collectif n° 201. — Administrateurs de sociétés anonymes n° 202. — Gérants de sociétés à responsabilité limitée n° 203. — Loi applicable aux pouvoirs de liquidateur n° 242.

Prescription.

Loi applicable à la prescription du droit pour la société d'agir en versement du reliquat des titres n° 146. — Les conflits de lois relatifs à la prescription des actions des créanciers sociaux lors de la liquidation n° 248.

Publicité.

Publicité au cas de changement de siège social n° 130. — Publicité de l'émission n° 142. — Conflits de lois en matière de publicité n° 167. — Du principe que la publicité est soumise à la loi de la société n° 168. — Domaine de la compétence de la *lex fori* en matière de publicité n° 171.

Qualification.

Qualification de la nature du groupement n° 138, note I. — Qualification du domicile social n° 49. — Système de la loi nationale n° 50. — Théorie de la loi territoriale n° 51. — Théorie de l'autonomie de la volonté n° 52. — La qualification doit être soumise à la loi compétente pour régir au fond le rapport de droit n° 53. — Système proposé : application de la *lex fori* n° 54. — Qualification de la succursale n° 172. — Qualification du caractère civil ou commercial de la société pour l'inscription au registre du commerce n° 172. — Pour la déclaration de faillite n° 224. — Qualification de la nature du partage (partage amiable ou judiciaire) n° 254. — Qualification de la nature de la responsabilité (responsabilité contractuelle ou délictuelle) n° 211. — Qualification de la nature de l'action en responsabilité (action sociale ou action individuelle) n° 213.

Renvoi.

Qualification après renvoi n° 57. — Obstacle de droit à la compétence de la loi du siège social n° 74.

Respect international des droits acquis.

Théorie fondant la permanence de la loi de la société sur le principe du respect international des droits acquis n° 85. — Portée du principe n° 86. — Utilité du principe n° 92. — Fondement du principe n° 99. — Justification de la survie de la loi originaire au cas de changement de siège social par l'appel au principe du respect des droits acquis n° 106.

Responsabilité.

Responsabilité pénale. — Loi applicable au cas de fraude dans la fixation du siège social n° 205. — Loi applicable en l'absence de fraude n° 205. — Responsabilité civile n° 206. — Responsabilité des gérants de sociétés de personnes n° 206. — Responsabilité des administrateurs n° 207. — En dehors de la faillite n° 208. — Au cas de faillite n° 212. — Mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs n° 215. — Détermination des personnes responsables de l'obligation aux versements n° 143.

Siège social.

La détermination du domicile social n° 59. — Caractères que doit présenter le siège social n° 62. — Obstacle à la compétence de la loi du siège social n° 68. — Le changement de siège social n° 102.

Sociétés anonymes.

Adaptation des statuts au cas de changement de siège social n° 133. — (V. émission, apports, responsabilité, pouvoir).

Société à responsabilité limitée.

Adaptation des statuts au cas de changement de siège social n° 135. — Pouvoir des gérants n° 203.

Sociétés de fait.

Reconnaissance par la jurisprudence de la qualité de société de fait aux sociétés russes possédant des succursales en France n° 71. — Application du respect international des droits acquis aux sociétés de fait n° 87. — Nullité des sociétés n° 67.

Sociétés de personnes.

Importance du contrat n° 3. — Tentative d'application de la loi d'autonomie aux sociétés de personnes n° 18. — Tentative d'application de la loi de l'unanimité aux sociétés de personnes n° 27. — Adaptation du statut juridique des sociétés de personnes au cas de changement de siège social n° 131. — Loi applicable aux pouvoirs de gérants n° 201. — Loi applicable à la responsabilité des gérants n° 206.

Société en commandite.

Adaptation des statuts au cas de changement de siège social n° 133. — Immixtion du commanditaire dans les affaires sociales. (V. commanditaire).

Société en nom collectif.

Loi applicable aux pouvoirs des gérants n° 201. — Loi applicable à la responsabilité des gérants n° 206. — Adaptation du statut juridique d'une société en nom collectif qui change de siège social n° 132.

Sociétés russes.

Loi applicable aux sociétés russes (Adomidie de la société) n° 69-73. — Application du Respect International des droits acquis n° 88-91. — Dissolution des sociétés russes n° 236. — Liquidation des sociétés russes n° 239-241-242.

Succursale.

Loi applicable aux sociétés russes possédant une succursale en France n° 72. — Avantages et inconvénients de la succursale n° 102. — Soumission à la publicité de la loi française de la société étrangère qui établit une succursale en France n° 172. — Détermination de la loi compétente pour donner la qualification de la succursale n° 171. — Faillite prononcée au siège de la succursale. Sociétés russes n° 239.

Titre.

Conflits de lois relatifs à l'émission des titres n° 140. — Conflits de lois relatifs aux conditions de la souscription n° 142. —

Conflits de lois relatifs aux effets du contrat de souscription n° 143. — Conflits de lois relatifs au régime des titres émis par les sociétés commerciales n° 173. — (V. titre nominatif, titre au porteur).

Titre au porteur.

Forme des titres au cas de changement de siège social n° 135. — Les actions non libérées peuvent-elles être au porteur n° 135. — Forme des titres émis en France par les sociétés étrangères n° 142. — Mode conventionnel de transfert : la tradition des titres au porteur n° 178. — Conflits de lois relatifs à la circulation des titres au porteur non visés par la loi de 1941 n° 179. — Conflits de lois relatifs à la circulation des titres au porteur visés par la loi de 1941 n° 180. — Conflits de lois relatifs aux titres au porteur perdus ou volés n° 181. — Théorie du statut réel du titre n° 187. — Théorie du statut personnel du titre n° 190.

Titres nominatifs.

Forme des titres au cas de changement de siège social n° 135. — Forme des titres émis en France par les sociétés étrangères n° 142. — Mode conventionnel de transfert de la propriété du titre : Le transfert des titres nominatifs n° 176.

Unanimité.

Loi de l'unanimité n° 14. — Nécessité de l'unanimité des actionnaires pour opérer transfert du siège social n° 121.

TABLE DES AUTEURS CITÉS

Affolter (F.-H.). — *System Deutschen Burgelicher Uebergaigs-rechts* 1903, Leipzig.

Affolter (F.-H.). — *Geschichte des intertemporalem Privatrechts.* Leipzig, 1902.

Amiaud (A.). — *Rapport à la Société d'Etudes Législatives sur la vérification et l'approbation des apports en nature.* (Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1937, p. 77 et s.).

Anonyme. — Note sous Trib. Com. Seine 27 juin 1934. (Clunet 1935 p. 117).

Anonyme. — Note sous Toulouse, 18 juillet 1905 (Clunet, 1906, p. 451).

A.N.S.A. — Publication n° 47. *La forme et la négociation des actions* (Lois du 28 février, 18 juin et 6 décembre 1941, 14 février et 8 mars 1942). A.N.S.A., Paris, 1942.

Anzilotti (D.). — Note à la *Rivista di diritto internazionale,* 1906, p. 570-585.

Arminjon (P.). — *Précis de Droit International Privé,* 3 vol. t. I, 3e éd. 1947, t. II 2e éd. 1934, t. III, 1re éd. 1931, Dalloz, Paris.

Arminjon (P.). — *Le renvoi* (Rev. Dr. Intern. Pr. 1922-23, p. 567-587).

Arminjon (P.). — *La notion des droits acquis en droit International Privé.* Recueil. Cours de l'Académie de Dr. Intern. de La Haye, t. 4, 1933, p. 5.

Arminjon (P.). — *La nationalité des Personnes Morales* (Rev. Dr. Intren. et Législ. comp. 2e série, t. IV, 1902). Bruxelles, Bureau de la Revue, 1902.

Audinet (E.). — *Principes élémentaires de Droit International Privé,* 1894, Pédone-Lauriel, Paris.

Audinet (E.). — Note sous Cass. Civ., 5 févr. 1929 (S. 1930.1.81).

Audinet (E.). — Note sous Paris, 9 février 1931 (S. 1931.2.145).

Bar (L. Von). — *Théorie und Praxis des Internationalen Privat-rechts,* 2 vol. 1899, Hahn, Hannover.

Barde. — *Théorie traditionnelle des statuts.* Thèse, Bordeaux, 1880.

Bartin (E.). — *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence françaises,* 3 vol., t. I 1930, t. II 1932, t. III 1935. Domat Montchrestien, Paris.

BARTIN (E.). — *Etudes de Droit International Privé*, 1899. Chevallier-Marescq, Paris.

BARTIN (E.). — *Les dispositions d'ordre public* (Revue de Droit International et de Législation comparée, 1897, p. 392).

BARTIN (E.). — *Cours de Doctorat*, 1930-31, Paris.

BARTIN (E.). — *Etude sur les effets internationaux des jugements* (Clunet, 1905, p. 59.815 ; Clunet 1906, p. 27.995).

BASDEVANT (J.). — Note sous Paris, 20 mars 1944 (D. 1945, p. 24).

BASTIAN (D.). — Note sous Cass. Req., 9 mars 1942. (Sem. Jur. 1942, n° 1930).

BATIFFOL (H.). — *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938. Sirey, Paris.

BATIFFOL (H.). — *Influence de la loi française sur la capacité des étrangers en France*. Thèse, Paris, 1929.

BATIFFOL (H.). — Note sous Cass. Civ. 7 mars 1938. (Rev. Crit. Dr. Intern., 1938, p. 472).

BEALE (J.-H.). — *A treatise on the conflict of Laws*. 3 vol. 1935, Baker, Woorkis et C°, New-York.

BEKKER (E.). — *Zum Lehre von Rechtssubject. Jhering's Jahrbücher für die Dogmatic*, 1873, p. 1.

BEZARD-FALGAS. — *Le contentieux des oppositions sur titre d'actions et d'obligations*, 1908, F. Pichon, Paris.

BOECK (Ch. de). — *Les conflits de lois en matière de droits réels dans la faillite*. (Rev. Dr. Intern. Priv., 1913, p. 289 à 320 et 693 à 816).

BONFILS (H.). — *De la compétence des tribunaux Français à l'égard des étrangers en matière civile, commerciale et criminelle*, 1865. Durand, Paris.

BOSVIEUX (H.). — *Les nouvelles règles relatives à la publicité des sociétés commerciales*. (Journ. Soc. 1936, p. 56 et s.).

BOURCART (G.). — *La direction des sociétés par actions*. (Observations sur le droit allemand comparé au droit français). Journal Soc. 1922, p. 289.

BROALLIER (P.). — *Les succursales des établissements industriels et commerciaux*. Thèse, Lyon, 1926.

BROCHER (Ch.). — *Cours de Droit International Privé, selon les principes consacrés par le droit positif farnçais*, 1882-83, Thorin, Paris.

BUCHERE (A.). — *De l'application aux valeurs étrangères de la loi sur les titres au porteur perdus ou volés*. Clunet, 881, p. 26.

BUCHERE (A.). — *Situation des créanciers d'une société commerciale en liquidation*. (Journ. Soc., 1896, p. 240 e ts.).

CALVO (Ch.). — *Le Droit International théorique et pratique*, 5 vol. 4e éd., 1887-88. Guillaumin, Paris.

CAPITANT (H.). — *Introduction à l'Etude du Droit Civil.* 5e éd. 1929. Pédone, Paris.

CAPITANT (H.). — *De l'indivision héréditaire* (Revue critique, 1924, p. 69 et s.).

CAPITANT (H.). — *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté.* (Revue critique, 1929, p. 69 et s.).

CARBONNIER (J.). — *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association.* Thèse Borbeaux, 1932.

CARLE (G.). — *La faillite dans le Droit International Privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de faillite,* traduit et annoté par E. Dubois, 1875, Marescq aîné, Paris.

CASSIN (R.). — *La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois.* (Recueil cours de l'Académie de Dr. Intern. de La Haye, 1930, IV, p. 760).

CHAMPCOMMUNAL (J.). — *Etude sur la succession* ab intestat *en Droit International Privé.* Thèse, Paris, 1892.

CHAUVEAU (P.). — *Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés.* Rev. gén. Dr. Comm., 1938, p. 397.

CHAUVEAU (P.). — Note critique sous Alger, 12 juillet 1931 (D. 1933.2.101).

CHAVEGRIN (E.). — Note sous Trib. Civ. Nancy, 16 avril 1883 (S. 1888.2.91).

CHERON (A.). — *Les sociétés à responsabilité limitée* (Ann. Dr. Comm., 1925, p. 304).

CHERON (A.). — Note sous Trib. Civ. Mulhouse, 27 mars 1928 (D. 1929.2.153).

CHEVALLIER (J.). — *L'effet déclaratif des conventions.* Thèse, Rennes, 1932.

CHRÉTIEN (A.). — *De la lettre de change en Droit International Privé.* Thèse, Nancy, 1881.

COPPER-ROYER. — *Traité des sociétés anonymes.* 5 vol. 4e éd. 1931. Dalloz, Paris.

COPPER-ROYER et ses fils. — *Traité des sociétés.* 2 vol. parus 1938-1939, Sirey, Paris.

CRÉMIEU (L.). — Note sous Cass. Civ., 31 mai 1932. (D. P. 1933. 1.169).

CUQ. (M.-E.). — *La nationalité des sociétés.* Thèse, Paris, 1921.

DE BUSTAMANTE Y SIRVEN. — *Le Code de Droit International Privé et la VIe Conférence Panaméricaine,* 1929.

DEFRENOIS. — *Modifications au régime de la Publicité des Sociétés.* (Répertoire Général du Notariat, 1931, p. 1 et s.).

DELEHELLE (J.). — *Conséquences juridiques de la reconnaissance du Gouvernement des Soviets par la France.* (Revue Dr. Intern. Pr., 1927, p. 193).

DEMASSIEUX (G.). — *Le changement de nationalité des Sociétés de Commerce.* Thèse, Lille, 1928.

DEMOGUE (R.). — Note sous Trib. Civ., Lille, 21 mai 1908 (S. 1908.2.177).

DENNERY (R.). — *Le partage en Droit International Privé Français.* Thèse, Paris, 1935.

DESPAGNET (F.) et DE BOEK (Ch.). — *Précis de Droit International Privé.* 5e éd., 1909. Larose et Tenin, Paris.

DICEY. — *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws.* 5e éd., par Keith, Stevens, Sweet and Maxwell. Londres, 1925.

DONNEDIEU DE VABRES (H.). — *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflits de lois,* Paris, 1905.

DONNEDIEU DE VABRES (H.). — Note sous Paris, 18 février 1909. (Rev. Dr. Intern. Pr., 1909, p. 847).

DONNEDIEU DE VABRES (J.). — *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflits de lois.* Thèse, Paris, 1937.

DUBOIS-CLAVIER (G.). — *Bulletin de Jurisprudence Belge* : Trib. Civ. Bruxelles, 20 décembre 1934. (Clunet, 1935, p. 671).

DUGUIT (L.). — *Traité de Droit Constitutionnel,* 5 vol. tomes I. II, III, 3e éd., 1927-29, tomes IV, V, 2e éd., 1924-25, de Boccard, Paris.

DUGUIT (L.). — *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive,* 2 vol. 1901. Fontemoing, Paris.

DURAND (L.). — *Essai de Droit International Privé,* 1884. Larose et Forcel, Paris.

DURETESTE. — Note sous Cass. Req., 26 août 1940. (Recueil Penant 1re partie, 1945, p. 59).

ESCARRA (J.). — *Manuel de Droit Commercial,* 1 vol. paru 1947. Sirey, Paris.

ESCARRA (J.). — *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires* (groupement et représentation) 1922, Duchemin, Paris.

FIORE (Pasquale). — *Diritto Internazionale Privato,* 2e éd. 1874, Firenze, Le Monnier.

FOOTE. — *A concise Treaty on Private International Law,* 1925.

GEGOUT (M.). — *Filiales et Groupements de sociétés.* Thèse, Paris, 1929.

GLASSON (E.). — *De la compétence des Tribunaux français entre étrangers.* (Clunet, 1881, p. 105 et s.).

GUNTHER. — *Weiske's Staatslexicon Band IV* 1843 *Artikel Gesetz*, p. 735.

HEMARD (J). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait*, 2e éd., 1936, Sirey, Paris.

HOUPIN (C.). — *De la nature de la clause d'exécution en bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite du déclarant.* (Journ. Soc., 1931, p. 385-398, 449-463).

HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.). — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol., 7e éd., 1935. Sirey, Paris. Suppl. 1937.

HUMBERT (C.). — *De l'application des règles du partage des successions aux autres partages.* Thèse, Paris, 1901.

IHERING (R. Von). — *L'esprit du Droit Romain*, 4 vol. Trad. O. de Meulenaere (1888). Chevalier-Marescq, Paris.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. — Résolution. Session de New-York. Annuaire de l'Institut de Droit International, t. 32, n° 2, p. 301.

JEZE (G.). — *Les principes généraux du Droit Administratif*, 2e éd. 1914, Giard et Brière, Paris.

JORDAN. — *Les étrangers et le régime des sociétés.* (Bulletin de la Société de Législation comparée, 1917, p. 534).

KAEPPELIN (F.). — *Commentaire de la loi du 28 février* 1941. (Revue Gén. Dr. Comm., 1943, p. 273).

KAHN (F.). — *Das Zeitliche anuendungsgebiet der ortlichen Kollisionsnormen*, Jheringh's Jahrbücher, t. 43, 1901, p. 299-434.

KOHLER (J.). — *Chronique de législation, de Doctrine et de Jurisprudence allemandes.* III Faillites. Ann. Dr. Comm., 1886, p. 98-104.

KRONHEIM. — *Les conflits de lois en matière de contrat de travail.* Thèse, Paris, 1938.

LABBÉ (J.-E.). — Note sous Cass. Civ., 13 janvier 1869. (S. 1869. 1.49).

LABBÉ (J.-E.). — Note sous Cass. Req., 22 février 1882. (S. 1882. 1.393).

LABBÉ (J.-E.). — Note sous Cass. Civ. 20 oct. 1886. (S. 1887.1.49).

LACOUR (L.). — Note sous Paris, 19 février 1897. (D. 1898.2.153).

LACOUR (L.) et BOUTERON (J.). — *Précis de Droit Commercial*, 3 vol. et suppl., 3e éd., 1925. Dalloz, Paris.

LAFFARGUE (E.). — *La valeur économique des divers procédés d'estimation des apports en nature dans les sociétés anonymes.* Thèse, Paris, 1920.

LAGARDE (G.). — *L'émission de titres par les sociétés étrangères en France.* Thèse, Poitiers, 1926.

LAINÉ (A.). — *Des personnes morales en Droit International Privé.* Clunet, 1893, p. 273-309.

LAINÉ (A.). — *La théorie du renvoi en Droit International Privé.* (Rev. Dr. Intern. Pr. 1906, p. 605 ; 1907, p. 43, 313, 661 ; 1908, p. 729 ; 1909, p. 12).

LALOU (H.). — Note sous Rouen, 8 janvier 1930. (D. P. 1930.2.85).

LEBLOND (J.). — *De l'emprunt par voie d'émission d'obligations (Debentures and debentures stock) en droit Anglais.* Thèse, Paris, 1924.

LEHR. — *De la prescription extinctive en Droit International Privé.* (Rev. Dr. Intern. et Législ. comp., 1881, p. 516 et s.).

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Précis de Droit International Privé,* 4e éd., (1947). Dalloz, Paris.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Observations sur la question du* Renvoi. (Clunet, 1924, p. 877 et s.).

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — Note sous Paris, 9 février 1931. (D. P. 1931.2.33).

LESCOT (P.). — *Les succursales de sociétés.* (Rec. Jur. Soc. 1924, p. 207).

LESCOT (P.). — Note sous Cass. Req. 7 janvier 1930. (S. 1931.1.25).

LESCOT (P.). — Note sous Cass. Req. 10 mars 1943. (S. 1944.1.9).

LEVASSEUR (G.). — *La détermination du domicile en Droit International Privé français.* Thèse, Paris, 1931.

LEVI (J.). — *De la liquidation des sociétés commerciales.* Thèse, Paris, 1884.

LOISEAU. — *Du domicile comme principe de compétence législative* Thèse, Paris, 1893.

LORBER (M.). — *Les valeurs mobilières envisagées du point de vue des conflits de lois.* Thèse, Nancy, 1912.

LOUIS-LUCAS (P.). — *Répertoire de Droit International* : Renvoi.

L.-P. (P.). — Note sous Cass. Civ., 11 avril et 1er mai 1945. (D. 1945. Jurisp., p. 245).

L.-P. (P.). — Note sous Cass. Civ. 22 mars 1944. (D. 1944, Jur., p. 145).

LYON-CAEN (Ch.). — *Des conditions à exiger pour que les sociétés soient françaises.* (Clunet, 1917, p. 5).

LYON-CAEN (Ch.). — Note sous Cass., 6 juillet 1922. (S. 1923.1.5.).

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — *Traité de Droit Commercial,* 9 vol., 5e éd., avec la collaboration de A. Amiaud, 1921-36. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

MAGALHAES (Barbosa de). — *La Doctrine du domicile en Droit International Privé,* suivie du *Projet présenté par l'auteur à la*

Société des Nations pour la codification progressive du Droit International. (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1928, III, p. 138).

MARTIN. — *De la prescription libératoire en Droit International Privé.* (Revue Dr. Intern. Pr., 1887, p. 277).

MAURY (J.). — *Règles générales des conflits de lois.* (Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 57, 1936, p. 329-569).

MAZEAUD (L.). — *De la nationalité des sociétés.* (Clunet, 1928, p. 30).

MELCHIOR. — *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrecht,* 1932.

MERCIER. — *De la Prescription libératoire en Droit International Privé.* Lausanne, 1897.

MICHEL (J.). — *De la Prescription libératoire en Droit International Privé.* Thèse, Paris, 1911.

MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français,* 2 vol., 3e éd. Par L. Trotabas, 1932. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

MONDON (G.). — *La Nationalité des Sociétés.* Thèse, Grenoble, 1937.

NADELMANN (Kurt H.). — *Le Droit International Privé de la faillite.* (Clunet, 1940-45, n° 1, janvier-février-mars, n. 73).

NAQUET (E.). — Note sous Cass. Req., 15 juin 1909. (S. 1911.1.81).

NIBOYET (J.-P.). — *Traité de Droit International Privé Français.* 4 vol. parus, tome I, 2e éd. (1947), tome II, 1re éd. (1938), tome III, 1re éd. (1943), tome IV, 1re éd. (1947). Sirey, Paris.

NIBOYET (J.-P.). — *Cours de Droit International Privé,* 1947. Sirey, Paris.

NIBOYET (J.-P.). — *Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier.* Thèse, Paris, 1912.

NIBOYET (J.-P.). — *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?* (Rev. Dr. Intern. Pr., 1927, p. 402).

NIBOYET (J.-P.). — *L'autonomie de la volonté.* (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1927.1., p. 83).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Req., 22 janvier 1923. (S. 1924. 1.73).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Req., 2 février 1925. (S. 1925. 1.225).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Rennes, 26 juillet 1926. (Rev. Dr. Intern. Privé ,1927, p. 526).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Req. 5 mars 1928. (Rev. Dr. Intern. Privé, 1929, p. 288).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Bordeaux, 2 janvier 1928 et Paris, 13 juin 1928. S. 1928.161. (Rev. Dr. Intern. Pr. 1929, p. 115).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Civ., 7 mai 1928. (S. 1929.1.9).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Civ., 7 mai 1928. (S. 1930. 1.217).

NIBOYET (J-P.). — Note sous C. P. J. I., 14, 15 et 12 juillet 1929. (Rev. Dr. Intern. Pr. 1929, p. 484).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Colmar, 29 oct. 1925. (S. 1927.2.33).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Civ. 31 mai 1932. (S. 1933. 1.117).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Cass. Civ. 25 juillet 1933. (Rev. Crit. Dr. Intern., 1934, p. 103).

NIBOYET (J.-P.). — Note sous Paris, 9 janvier 1943. (S. 1943.2.30).

NIBOYET (J.-P.) et GOULÉ (P.). — *Recueil de textes usuels de Droit International,* 2 vol. et 1 suppl. 1929. Sirey, Paris.

NIEDNER. — *Kommenzar Z. Emführungsges des B. G. B.,* 3e éd.

NIEDNER. — *Zeitschuft für internationales Privat und offenliches Recht XI.,* 1901, p. 373 et s. ».

NIEMEYER (Th.). — *Les sociétés de commerce* (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1924, III, p. 5).

NIEMEYER (Th.). — *La fondation de Niederfülbach en Droit International Privé,* 1913.

PÉPY (A.). — *La nationalité des sociétés,* Thèse, Paris, 1920.

PERCEROU (J.). — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires,* 3 vol., 2e éd., avec la collaboration de M. Desserteaux (1935-38). Collection Thaller, Rousseau, Paris.

PERCEROU (J.). — Note sous Trib. Civ., Lille, 21 mai 1908. (D. 1910.2.41).

PERRET (H.). — *La liquidation des sociétés russes,* 1937. Sirey, Paris.

PERROUD (J.). — *Le changement de nationalité des sociétés anonymes.* (Clunet, 1926, p. 561).

PERROUD (J.). — *Observations sur la question du renvoi.* (Clunet, 1925, p. 657-660).

PHILONENKO (M.). — *La théorie du renvoi quant à la loi applicable à la capacité des personnes dans le projet de Code de Droit International de l'Amérique Latine.* (Clunet, 1928, p. 315-328).

PIC (P.). — *Des sociétés commerciales,* 3 vol. et 2 suppl., tome I, 3e éd. 1940, par P. Pic et J. Kréher, tome II, 2e éd. 1925, par P. Pic ; tome II, 2e éd., 1926, par P. Pic et E. Bouvier, suppl. 1930 et 1937 collection Thaller, Rousseau, Paris.

PIC (P.). — *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés commerciales en Droit International Privé.* (Clunet, 1892, p. 577).

PIC (P.) — Note sous Cass. Req. 17 juillet 1899. (D. 1904.1.225).

PIC (P.) et BARATIN (F.). — *Des sociétés à responsabilité limitée,* 2e éd., 1929, 1er suppl. 1933, 2e suppl. 1937. Marchal et Billard, Paris.

PIC (P.) CONSTANTIN (L.) et KRÉHER (J.). — *Les décrets-lois d'août-octobre* 1935 *sur la protection de l'épargne par la réforme du droit des sociétés.* (Rev. Trim. Soc. 1936, p. 9).

PICARD (M.). — Note sous Bordeaux, 2 janvier 1928 et Paris 13 juin 1928 (D. L929.2.113).

PICARD (M.) et TAGER (P.).. — Note sous Bordeaux, 2 janvier 1928 et Paris, 13 juin 1928. (Clunet, 1929, p. 131).

PILLET (A.). — *Principes de Droit International Privé,* 1903, Pédone, Paris.

PILLET (A.). — *Traité pratique de Droit International Privé,* 2 vol. t. I, 1923 ; t. II, 1924, Allier, Grenoble, Sirey, Paris.

PILLET (A.). — *Des personnes morales en Droit International Privé,* 1914. Sirey, Paris.

PILLET (A.). — *Les conventions internationales relatives à la compétence et à l'exécution des jugements,* 1913. Sirey, Paris.

PILLET (A.). — *Contre la doctrine du renvoi.* (Rev. Dr. Intern. Pr., 1913, p. 5-14 reproduit aux mélanges Pillet, t. II, p. 128).

PILLET (A.). — *La théorie générale des droits acquis.* (Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1925, t. III, p. 489).

PINEAU (P.-M.). — *Les sociétés commerciales en Droit International Privé.* Thèse. Bordeaux, 1892.

PINVERT (L.). — *De l'origine et de la nature du principe que le partage est déclaratif.* Thèse, Paris, 1885.

PLAISANT (R.). — *Les règles de conflit de lois dans les traités.* Thèse, Paris, 1945.

PLANCK. — *Kommenzar Zum Burgerlichen gesetzbuch,* Guttenberg, Berlin, 4e éd. par E. Stohal, 1913.

POLITIS (N.). — *Le Droit International Privé en Grèce.* (Clunet, 1908, p. 5-25).

POTU (E.). — *La question du renvoi en Droit International Privé.* Thèse, Dijon, 1913.

REYTER (E.). — *Les sociétés en Droit International.* Thèse, Alger, 1930.

RIGAUD. — *Cours de Droit International Privé,* 1937. Domat-Montchrestien, Paris.

RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., 1935. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ: Ley de quiebras y suspension de pagos, 1943.

ROLIN (A.). — *Principes de Droit International Privé*. 3 vol. 1897, Marescq, Paris.

ROLIN (A.). — *Des conflits de lois en matière de faillite*. (Recueil des cours de l'Académie Internationale de La Haye, t. XIV, 1926, p. 5-129).

ROUAST (A.). — *La loi sur les comités d'entreprise et les sociétés étrangères*. (Droit Social, février 1947, p. 67).

ROUBIER (P.). — *Les conflits de lois dans le temps*, 2 vol., 1929-1933. Sirey, Paris.

ROUBIER (P.). — *Les conflits de lois dans le temps en Droit International Privé*. (Rev. Dr. Intern. Pr., 1931, p. 38-86).

ROUSSEAU (H.). — *Commentaire de la loi du 28 février* 1941. (Sem. Jur. 1942, p. 290).

H. R. — Note sous Montpellier, 3 mai 1926. (S. 1926.2.75).

ROUSSEAU (J.). — *La publicité des sociétés et le décret-loi du 30 octobre* 1935. (Sem. Jur. 1937, p. 15).

SALEILLES (R.). — *De la personnalité juridique : histoire et théories*, 2e éd., 1922. Rousseau, Paris.

SALEILLES (R.). — *Contribution à l'étude des méthodes juridiques à propos d'un livre de M. Sraffa*. (Ann. Dr. Comm. 1891.217).

SALEM (E.-R.). — *La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger*. (Clunet, 1919, p. 23).

SAUSER-HALE. — *La situation juridique des étrangers en Suisse*. (Bulletin de la Société de Législation comparée, 1921, p. 232).

SAVATIER (R.). — *Cours de Droit International Privé*, 1947. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

SAVATIER (R.). — *La liquidation des sociétés russes*. Communication au Comité Français de droit international privé. (Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1934, p. 130).

SAVATIER (R.). — Note sous Cass. Req. 4 juillet 1933. (D. P. 1934, p. 10).

SAVIGNY (F. de). — *Traité de droit romain*, 8 vol. trad. Guenoux, 2e éd. 1855-60, Didot, Paris.

SIESSE. — *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en Droit comparé*, Thèse, Paris, 1922.

SILZ (E.). — Note sous Cass. Civ. 25 juillet 1933. (D. 1936.1.125).

SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES. — *Projet de loi sur la vérification et l'approbation des apports en nature dans les sociétés*. Discussion en séance. (Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1937, p. 92 et 155).

SOLUS (H.). — *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Sirey, 1938, Paris.

SOLUS (H.). — *Les réviseurs, organes de contrôle dans les sociétés par actions du droit Allemand.* (Ann. Dr. Comm. 1923, p. 309 et 1924, p. 34).

SOLUS (H.). — Note sous Trib. Civ. Seine, 23 avril 1932. (S. 1933. 2.49).

STREITCHENBERGER (J.). — *La nationalité des sociétés.* (Rev. Soc. Mai 1944, p. 138).

SURVILLE (F.). — *La cession et la mise en gage des créances en Droit International Privé.* (Clunet, 1897, p. 671 et s.).

SURVILLE (F.) et ARTHUYS (F.). — *Cours élémentaire de Droit International Privé*, 7e éd. 1925, Rousseau, Paris.

THALLER (E.). — *Des faillites en droit comparé avec une étude sur le règlement des faillites en Droit International*, 1887, Rousseau, Paris.

THALLER (E.). — *Sur la nationalité des sociétés par actions.* (Ann. Drè Comm., 1890, p. 257).

THALLER (E.). — *D'un règlement qui aurait pour objet de résoudre les conflits de lois en matière de titres au porteur.* (Ann. Dr. Comm., 1905, p. 258 et s.).

THALLER (E.). — Note sous Cass. Civ., 26 novembre 1894. (D. P. 1895.1.57).

THALLER (E.) et PERCEROU (J.) . — *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 2 vol. et suppl., 8e éd. 1931, suppl. 1936 ; Rousseau, Paris.

TRAVERS (M.). — *La nationalité des sociétés commerciales.* (Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 33, 1930, p. 5-111).

TRAVERS (M.). — *Le droit commercial international*, vol. VII, fasc. I, 1935. Fasc. II, 1936. Sirey, Paris.

VALENSI. — *Répertoire de droit international*, t. VIII. Faillite.

VALERY. — *Manuel de droit international privé.* 1914, Fontemoing, Paris.

VAN DEN HEUVEL. — *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2e éd., 1884, Larcier, Bruxelles, Pédone, Lauriel, Paris.

VANERNOTTE (P.). — *Les droits des créanciers d'une société sur les biens sociaux.* (Ann. Dr. Comm. 1898, p. 437).

VAREILLES-SOMMIÈRES (de Labroue de). — *La synthèse du droit international privé.* 2 vol. Pichon, Paris.

VAREILLES-SOMMIÈRES (de Labroue de). — *Les personnes morales*, nouveau tirage, 1919. Pichon, Paris.

VAREILLES-SOMMIÈRES (de Labroue de). — *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois.* (Revue critique de Législation et de Jurisprudence, p. 495).

VAVASSEUR. — *Du changement de nationalité des sociétés anonymes* (Rev. Soc. 1914, p. 321).

VEAUX (D.). — *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales,* Thèse, Rennes, 1945.

VINCENT (R.). — *De l'application de la loi française aux négociations à l'étranger de titres au porteur perdus ou volés.* (Clunet, 1886, p. 676).

WAGNER (A.). — *Essai sur la nature juridique du transfert réel et la conversion au porteur des titres nominatifs.* (Rev. Trim. Dr. Civ., 1930, p. 703).

WAGNER (A.). — Note sous Chambéry, 24 novembre 1909. (S. 1910. 1.225).

WAHL (A.). — *De la transformation des sociétés.* Journal des sociétés, 1910, p. 145.

WAHL (A.). — Note sous Paris, 28 février 1896. (S. 1898.2.289).

WAHL (A.). — Note sous Paris, 19 février 1897. (S. 1897.2.185).

WAHL (A.). — Note sous Turin, 21 décembre 1897. (S. 1900.4.25).

WAHL (A.). — Note sous Cass. Civ., 7 juin 1901. (S. 1902.1.513).

WEISS (A.). — *Traité théorique et pratique de droit international privé,* 6 vol. t. I, 2e éd. 1907; t. II, 2e éd. 1908 ; t. III, 2e éd. 1912 ; t. IV, 2e éd. 1912 ; t. V, 2e éd. 1913 ; t. VI, 2e éd. 1913. Sirey, Paris.

WEISS (A.). — *Quelques mots sur la faillite des commerçants en droit international privé.* Annales de droit commercial, 1888, p. 109 et s.

WESTLAKE. — *Private International Law,* 1925.

WIGNY (P.) et PROCKELBANK (W.-J.). — *Exposé du droit international privé Américain.* (Restatement on the lan of conflict of Laws.) traduit et annoté sous la direction de J.-P. Niboyet. Sirey, Paris.

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES CITÉES

A. — JURISPRUDENCE FRANÇAISE

1827 — 5 juillet, Cass. Req : D. P. 1827.1.295. S. 1828.1.105.
1843 — 27 décembre, Angers : P. 1844.1.82.
1848 — 31 mai, Cass. Civ. S. 1848.1.444.
1849 — 22 février, Paris : S. 1849.2.144.
31 mars, Paris : S. 1849.2.464.
1853 — 9 mars, Cass. Req. : S. 1853.2.274.
1857 — 11 août, Bordeaux : D. 1858.2.60.
1860 — 28 février, Cass. Civ. : 1860.1.210.
1864 — 9 février, Cass. Civ. : D. 1864.1.72.
27 juillet, Cass. Civ : S. 1865.1.457.
1865 — 22 août, Bordeaux : D. P. 1865.2.223 ; S. 1866.2.217.
1866 — 2 août, Paris : S. 1866.2.342.
1er décembre, Chambéry : S. 1867.2.182.
1868 — 30 janvier. Aix : S. 1868.2.363.
1869 — 10 novembre, Cass. Civ. : S. 1870.1.5
24 novembre, Cass. Req. : S. 1870.1.168.
1870 — 20 février, Pau : S. 1870.2.139.
7 mai, Paris : sous Cass. Req. 14 février 1872. S. 1872.1. 321.
20 juin, Cass. Civ. : S. 1870.1.373. D. 1870.1.416.
1871 — 20 juillet, Cass. Req. : D. 1871.1.199.
1872 — 14 février, Cass. Req. : S. 1872.1.321.
3 juin, Paris : Clunet 1874.128.
13 juillet, Grenoble : S. 1875.2.78.
1873 — 8 août, Cass. Crim. : Clunet 1874.128.
1874 — 21 décembre, Cass. Civ. : S. 1875.1.78.
1875 — 12 janvier, Cass. Civ. : S. 1875.1.124. Clunet 1876.102.
27 janvier, Trib. Civ. Seine: Journ. Le Droit, 11 mars 1875.
5 mars, Cass. Civ. : D. 1875.1.343.
25 juin, Trib. Civ. Seine : Clunet 1876.363.
17 novembre, Trib. Correct. Seine : Clunet 1877.45.
1877 — 13 avril, Trib. Civ. Seine : Clunet 1880.393.
31 décembre, Paris : Clunet 1878.166.

1878 — 24 juin, Cass. Civ. : S. 1878.1.429. D. 1879.1.56. Clunet 1879.285.

1880 — 11 mars, Trib. Civ. Seine : Clunet 1880.195.
7 juin, Cass. Req. : Clunet 1881.262.
9 juin, Cass. Req. ; S. 1881.1.449.
21 juin, Cass. Req. ; D. 1880.1.465.
24 août, Cass. Civ. : Clunet 1880.480.
1er décembre, Douai : Clunet 1882.317.

1881 — 3 janvier, Cons. d'État : Lebon. 1881.30.
7 janvier, Lyon : S. 1881.2.25. Clunet 1881.161.
10 février, Trib. Correct. Seine : Clunet 1881.158.
12 mai, Paris : Clunet 1882.317. Journ. Soc. 1882.365.
28 juin, Trib. Comm. Seine : Clunet 1882.527.

1882 — 8 février, Cass. Civ. : S. 1882.1.224.
22 février, Cass. Req. : S. 1882.1.393 note Labbé. D. 1882.1.301. Clunet 1883.64.
3 avril, Douai : Clunet 1882.413.
3 décembre, Trib. Civ. Seine : Gaz. Pal. 1882.1.451.

1883 — 26 janvier, Aix sous Cass. Civ 4 mars 1885 : D. 1885.1.353. S. 1885.1.169.
2 février, Trib. Civ Seine : Gaz. Pal. 1883.1.356.
16 avril, Trib. Civ. Nancy : S. 1888.2.91 note Chavegrin.
25 mai, Chambéry : Clunet 1884.192.
14 décembre, Paris : S. 1885.1.184.
18 décembre, Cass. Civ. : S. 1886.1.27.

1884 — 13 février, Cass. Req. : S. 1884.1.225.
26 mai, Trib. Civ. Seine : S. 1888.2.91 note Chavegrin.
28 juillet, Trib. Comm. Seine : Clunet 1884.403.

1885 — 16 juin, Cass. Req. : S. 1885.1.251. D. 1885.1.153.
15 juillet, Trib. Civ. Seine : Clunet 1885.450. Journal La Loi 19 septembre 1885.
6 août, Trib. Civ. Seine : Gaz. Pal. 1886. 2 suppl. 49.
8 août, Trib. Civ. Seine : Gaz. Pal. 1885.2.465.
16 novembre, Rennes : Clunet 1886.330.
2 décembre, Cass. Civ. : D. 1886.1.357.

1886 — 9 mars, Cass. Civ. : S. 1888.1.241 note Labbé.
30 mars, Bordeaux : S. 1888.2.181.
30 juin, Trib. Comm. Marseille : Rev. Marseille 1886.204.
26 juillet, Paris : Clunet 1888.668.
20 octobre, Cass. Civ. : S. 1887.1.49 note Labbé.

1887 — 2 février, Cass. Civ. : S. 1887.1.57. D. 1887.1.97.
15 mars, Aix : S. 1887.2.288. Rev. Marseille 1887.251.
11 mai, Trib. Comm. Seine : Clunet 1889.670.

4 novembre, Paris : Clunet 1891.560.
19 novembre, Cass. Crim. : S. 1888.1.140.
1888 — 23 février, Trib. Civ. Seine : Dr. Fin. 1888.239.
14 mars, Trib. Comm. Seine : Clunet 1889.69.
20 novembre, Trib. Correct. Seine : Clunet 1888.818.
1889 — 23 janvier, Paris : Rev. Soc. 1889.193.
23 décembre, Cass. Civ. : D. 1890.1.169. S. 1891.1.321.
1890 — 14 janvier, Cass. Civ. : Clunet 1890.120.
12 février, Cass. Civ. : Ann. Dr. Com. 1890.117.
3 juin, Trib. Civ. Seine : Clunet 1890.703.
28 octobre, Nancy : Clunet 1891.237.
17 novembre, Trib. Civ. Seine : Dr. Fin. 1891.82.
1891 — 26 mars, Paris : Clunet 1893.529.
15 avril, Trib. Civ. Seine : Clunet 1891.920.
25 juin, Trib. Comm. Seine : Clunet 1893.893.
21 juillet, Cass. Civ. : D. 1893.1.123. S. 1891.1.377.
27 août, Trib. Comm. Seine : Clunet 1891.1241.
1892 — 13 janvier, Cass. Civ. : D. 1892.1.587.
1er février, Trib. Comm. Seine : Dr. Fin. 1892.126.
18 février Trib. Civ. Seine : Journ. Soc. 1892.241.
1893 — 10 janvier, Trib. C.v. Seine : Gaz. Trib. 17-18 avril 1893. Dr. Fin. 1893.280.
28 juin, Pau : Clunet 1893.1083.
12 juillet, Cass. Civ. : Clunet 1893.1204.
4 août, Paris : Journ. Soc. 1893.484. Clunet 1893.226.
10 août, Trib. Civ. Seine : Clunet 1893.558.
1894 — 28 février, Cass. Civ. : Journ. Soc. 1895.170.
1er mars, Trib. Comm. Seine : Rev. Soc. 1894-453.
14 mars, Trib. Civ. Valenciennes : Clunet 1894.882.
20 mars, Trib. Civ. Seine, Dr. Fin. 1894.178.
16 mai, Angers : S. 1894.2.180.
7 novembre, Trib. Civ. Seine : Clunet 1895.93.
26 novembre, Cass. Civ. : Clunet 1895.117. D. P. 1895.1.57 note Thaller.
13 décembre, Paris : Dr. Fin. 1895.157.
1895 — 15 février, Trib. Civ. Seine : Clunet 1896.1062.
29 juin, Paris : Rev. Prat. Dr. Indust. 1895.319.
29 juin, Amiens : Clunet 1897.158.
24 octobre, Trib. Com. Seine : Clunet 1896.138.
21 novembre, Paris : Clunet 1896.371.
23 novembre, Paris : D. 1897.2.497 note Pic.
26 décembre, Trib. Civ. Seine : Journ. Soc. 1896.371.
1896 — 28 février, Paris : S. 1898.2.189 note Wahl.
17 mars, Trib. Comm. Seine : Clunet 1897.1043.

27 mars, Trib. Civ. Seine : Journal Le Droit 1er mai 1896. Clunet 1896.635.
28 mai, Trib. Comm. Seine : Clunet 1896.874.
2 juillet, Trib. Comm. Seine : Clunet 1899.575.
4 août, Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer : Journ. Soc. 1897.475.
22 décembre, Cass. Req. : Clunet 1897.364. D. 1897.1.159.
24 décembre, Trib. Civ. du Hâvre : Clunet 1897.584.
29 décembre, Cass. Civ. : D. 1897.1.555.

1897 — 28 janvier, Paris : Clunet 1897.1022.
23 avril, Douai : Journ. Soc. 1898.161.
13 juin, Lille : Journ. Soc. 1899.78.
17 juillet, Trib. Civ. Seine : Clunet 1898.341.
29 octobre, Paris : Rev. Soc. 1898.408. Ann. Dr. Comm. 1899.3.

1898 — 29 mars, Cass. Req. : Clunet 1899.756. D. 1889.1.595.
29 mars, Cass. Civ. : Clunet 1898.746.

1899 — 3 mai, Trib. Comm. Seine : Clunet 1900.892.
14 juin, Cass. Civ. : Clunet 1899.804.
17 juillet, Cass. Req. : D. 1904.1.225 note Pic.

1901 — 9 novembre, Amiens : Clunet 1903.167.

1902 — 1er avril, Trib. Comm. Lyon : Rev. Soc. 1903.186.
26 août, Trib. Comm. Seine : Clunet 1904.189.
19 novembre, Trib. Civ. Lyon : Dr. Fin. 1903.9.

1903 — 19 février, Cass. Civ. : S. 1904.1.191.
13 mars, Trib. Correct. Seine : Journ. Soc. 1903.365. Clunet 1903.831.

1904 — 29 décembre, Orléans : Clunet 1905.1042. Rev. Soc. 1905. 324. Rev. Dr. Intern. Pr. 1905.260.

1905 — 25 janvier, Rouen : Journ. Soc. 1906.74. Rev. Dr. Intern. Pr. 1908.215.
2 mars, Trib. Corr. Seine : Clunet 1907.420. Rev. Dr. Intern. Pr. 1905.530.
18 juillet, Toulouse : Clunet 1906.451.

1906 — 2 mars, Paris : Rev. Dr. Intern. Pr. 1906.764.
4 août, Cass. Crim. : Clunet 1907.151.
20 novembre, Paris : Rev. Dr. Intern. Pr. 1905.34.

1907 — 18 février, Trib. Comm. Nancy : Clunet 1907.765.
24 mars, Trib. Comm. Nice : Clunet 1909.198.
mars, Paris : Clunet 190.768.
8 mai, Lyon : Journ. Soc. 1908.315.
17 juin, Trib. Comm. Seine : Clunet 1908.170.
14 décembre, Paris : Journal Le Droit, 18 mars 1908.

1908 — 19 février, Cass. Civ. : Clunet 1912.243. Journ. Soc. 1909. 200.
21 mai, Cass. Crim. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1908-664.
21 mai, Trib. Civ. Lille : Clunet 1909.191. S. 1908.2.177 note Demogue. D. 1910.2.41 note Percerou.
6 juillet, Aix : Rev. Dr. Intern. Pr. 1909.882.
23 octobre, Trib. Comm. Seine sous Paris 23 mars 1909. S. 1909.2.183.
1909 — 18 février, Paris : Rev. Dr. Intern. Pr. 1909.847 note H. Donnedieu de Vabres. Clunet 1910.1144.
23 mars, Paris : Rev. Dr. Intern. Pr. 1909.877. Journ. Soc. 1909.268. S. 1909.2.183.
18 mai, Paris : Clunet 1910.198.
26 mai, Trib. Comm. Seine : Clunet 1910.195. Journ. Soc. 1910.259.
15 juin, Cass. Req. : S. 1911.1.81 note Naquet.
20 juillet, Cass. Civ. : Clunet 1909.1097.
24 novembre, Chambéry : S. 1910.2.225.
31 décembre, Trib. Correct. Marseille : Journ. Soc 1911. 456.
1910 — 1er mars, Cass. Req. : S. 1913.1.105. D. 1912.1.262 avec le rapport du Conseiller Denis. Rev. Dr. Intern. Pr. 1910.870. Clunet 1910.888.
29 juin, Trib. Comm. Seine : Journ. Trib. Comm. 1911. 217. Journ. Soc.. 1911.371.
27 juillet, Trib. Correct. Seine : Gaz. Pal. 1910.2.151. Clunet 1911.234.
5 décembre, Cass. Civ. : S. 1911.1.129. Rev. Dr. Intern. Pr. 1011.395. Clunet 1912.1156.
1911 — 11 mai, Paris : D. 1912.2.115.
21 novembre, Trib. Civ. Marseille : Clunet 1913.598.
1912 — 8 janvier, Trib. Civ. Seine : Rev. Dr. Intern. Pr. 1912-402.
7 février, Cass. Civ. D. 1912.1.433. Rev. Dr. Intern. Pr. 1913.
6 juin, Nancy : Clunet 1914.568.
2 juillet, Trib. Comm. Seine : D. 1913.2.165. Gaz. Pal. 1912.2.165.
23 juillet, Cass. Civ. : D. 1914.1.30.
1913 — 25 avril, Paris : Gaz. Pal. 1913.2.185.
8 mai, Trib. Civ. Marseille : Rev. Dr. Intern. Pr. 1914. 581.
23 juin, Angers : Gaz. Pal. 1913.2.113. Revue Soc. 1914.9

22 octobre, Cass. Civ. : S. 1918-19.1.61. D. 1921.1.219. Rev. Dr. Intern. Pr. 1914.139.
17 décembre, Trib. Civ. Brest : Journ. Soc. 1918.181.
23 décembre, Trib. Comm. Perpignan : Clunet 1917.1066.
1914 — 1er mars, Rennes : Rec. Nantes 1914.1.250.
1915 — 30 mars, Lyon : Rev. Dr. Intern. Pr. 1916.248.
1916 — 7 juillet, Paris : Journ. Soc. 1917.94. Clunet 1917.226.
1917 — 27 février, Paris : Clunet 1917.1457. Gaz. Pal. 1916.17.635.
1918 — 12 avril, Trib. Comm. Lyon : Journ. Soc. 1921.267.
24 avril, Trib. Civ. Rabat. Rev. Algérienne 1922.23.2.243. Note Audinet.
1920 — 21 juillet, Cass. Civ. : Gaz. Soc. 1921-86.
4 octobre, Trib. Consulaire de France à Tien-Tsin : Clunet 1923.448.
1922 — février, Paris : Rev. Soc. 1922.302.
15 février, Trib. Civ. Seine : Clunet 1922.397.
6 juillet, Cass. Civ. : S. 1923.1.5 note Lyon-Caen. D. P. 1922.1.137.
10 novembre, Paris : S. 1922.2.128.
1923 — 22 janvier, Cass. Req. : S. 1924.1.73 note Niboyet.
7 mars, Rabat : Journ. Soc. 1924.514.
1924 — 21 janvier, Trib. Correct. Nancy : Clunet 1924.1020.
26 mai, Colmar : Gaz. Pal. 1924.2.368.
12 novembre, Rabat : Clunet 1926.428.
23 décembre, Trib. Civ. Seine (Référé) : Clunet 1925.419.
1925 — 2 février, Cass. Req. : S. 1925.1.225 note Niboyet.
9 mai, Trib. Civ. Seine : Clunet 1926.127.
22 juillet, Trib. Civ. Dreux : Clunet 1926.643.
1926 — 1er avril. Paris : Gaz. Pal. 1926.2.147.
3 mai, Montpellier : S. 1926.2.75 note H. R. D.H. 1926. 398. Gaz. Pal. 1926.2.153.
21 juin, Cass. Civ. : D.H. 1926-654.
26 juillet, Rennes : Clunet 1927.659. Rev. Dr. Intern. Pr. 1927.526 note Niboyet.
1er octobre, Trib. Comm. Seine : S. 1926.2.100.
1927 — 17 juin, Trib. Civ. Seine : Rev. Dr. Intern. Pr. 1928.332.
1928 — 2 janvier, Bordeaux : Clunet 1929.115 et 119 note Picard et Tager. Rev. Crit. Dr. Intern. 1929.94. D. 1929.2.113.
25 janvier, Besançon : S. 1928.2.63.
5 mars, Cass. Req. : Clunet 1928.674. Rev. crit. Dr. Intern. 1929.288 note Niboyet.
27 mars, Trib. Civ. Mulhouse : D. 1929.2.153.
29 avril, Orléans : S. 1929.2.33 note Audinet. Rev. Dr. Intern. Pr. 1929.643 note Niboyet.

7 mai, Cass. Civ. : S. 1929.1.9 note Niboyet.
13 juin, Paris : Clunet 1929.119 note Picard et Tager. Rev. crit. Dr. Intern. 1929.94. D. 1929.2.113.
11 juillet, Cass. Civ. : S. 1930.1.218 note Niboyet.
1929 — 5 février, Cass. Civ. : S. 1930.1.81 note E. Audinet.
12 juillet, Trib. Comm. Seine : Clunet 1929.1122.
22 juillet, Paris : Clunet 1929.1095. Revue Crit. Dr. Intern. 1930.108.
29 juillet, Cass. Req. : Clunet 1930.680. Rev. Crit. Dr. Intern. 1931.342.
20 décembre, Trib. Civ. Seine : Journal La Loi 3 décembre 1930.
1930 — 7 janvier, Cass. Req. : S. 1931.1.25 note P. Lescot.
12 mai, Cass. Civ. : S. 1931.1.129. Gaz. Pal. 1930.2.108. Clunet 1931.165. Rev. Als.-Lorr. 1930.449.
1er juillet, Cass. Civ. : Journ. Soc. 1932.16.
1931 — 12 janvier, Alger : Rev. Dr. Intern. Priv. 1931.568. D. 1933.2.101 note critique Chauveau.
4 février, Cass. Req. : D. H. 1931.181.
9 février, Paris : S. 1931.2.415 note E. Audinet. D. 1931. 2.33 note Lerebours-Pigeonnière.
23 avril, Paris : Clunet 1931.116.
29 juin, Cass. Req. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1932.295. S. 1932.1.269.
1932 — 13 avril, Cass. Civ. : S. 1932.1.361 note E. Audinet. D. 1932.1.89 note Basdevant. Clunet 1932.997. Rev. Dr. Intern. Pr. 1932.549 avec les conclusions du Proc. gén. Matter.
23 avril, Trib. Civ. Seine : S. 1933.2.49 note Solus.
31 mai, Cass. Civ. : D.P. 1933.1.169 note Crémieux. S. 1933.1.117 note Niboyet. Rev. crit. Dr. Intern. 1934. 909. Clunet 1933.347.
29 juin, Trib. Civ. Seine : Clunet 1935.663.
21 octobre, Colmar : Rev. Als.-Lorr. 1933.209.
1933 — 27 avril, Trib. Civ. Seine : Clunet 1934-901.
4 juillet, Cass. Req. : D.P. 1934.10 note Savatier. Rev. crit. Dr. Intern. 1935-652.
5 juillet, Cass. Civ. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1934.109 note Niboyet. D. 1936.1.125 note E. Silz.
7 novembre, Cass. Req. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1934.440. Clunet 1935.88.
1934 — 9 janvier, Cass. Civ. : D.P. 1934.1.22. S. 1934.1.20. Clunet 1934.672 note Tager. Rev. Dr. Intern. Pr. 1934. 015.

22 janvier, Trib. Comm. Seine : Clunet 1935.129.
23 janvier, Trib. Comm. Seine : Rev. Crit. Dr. Intern. 1934.782 note Niboyet.
27 juin, Trib. Comm. Seine : Clunet 1935.117 et la note.
17 août, Trib. Comm. Seine : Clunet 1935.125.
3 décembre, Trib. Comm. Seine : Clunet 1935.129.

1935 — 21 janvier, Trib. Comm. Seine : Rev. Crit. Dr. Intern. 1935.491 note Niboyet.
22 janvier, Trib. Comm. Seine : Rev. Crit. Dr. Intern. 1935.305.
4 février, Paris : Rev. Crit. Dr. Intern. 1935.816.
25 février, Cass. Req. : Gaz. Trib. 1935.1.102.
7 mai, Cass. Req. : Gaz. Pal. 1935.2.66.
17 juillet, Cass. Req. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1936.767 et la note.

1936 — 24 février, Cass. Req. : D.P. 1936.1.49 note Savatier. S. 1936.1.161 avec le rapport du conseiller Gazeau. Rev. Crit. Dr. Intern. 1936.782.
29 juin, Cass. Civ. : Rev. Trim. Soc. 1936.475.
1er juillet, Cass. Civ. : D.H. 1936.505. Clunet 1937.302. Rev. Dr. Intern. Pr. 1937.175.
7 décembre. Cass. Civ. : Gaz. Pal. 1937.1.159.
28 décembre, Cass. Req. : D.H. 1937-114. Rev. Dr. Intern. Pr. 1937.682.

1937 — 9 mars, Cass. Civ. : D.H. 1937.253. S. 1937.1.289.

1938 — 7 mars, Cass. Civ. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1938.472 note Batiffol. Clunet 1936.784.
22 décembre, Trib. Civ. Seine : Rev. Dr. Intern. Pr. 1939. 269.

1939 — 25 mars, Cass. Req. : D.H. 1939.356.
10 mai, Cass. Req. : Rev. Dr. Intern. Pr. 1939.472.

1940 — 9 janvier, Cass. Req. : S. 1940.1.72.
27 août, Cass. Req. : Rec. Penant, 1re Partie, 1945.59, note Dureteste.

1942 — 18 mars, Cass. Req. : Rev. Soc. 1943-56.

1943 — 25 octobre, Trib. Correct. Seine : Rev. Dr. Intern. Pr. 1947 n° 1, janvier-juin, p, 126. Rev. Gén. Trib. Comm. 1943, p. 333.

1944 — 20 mars, Paris : D. 1945.24 note Basdevant.
22 mars, Cass. Civ. : D.C. 1944 - Jpce p. 145 note P.L.P. et rapport du Conseiller Lerebours-Pigeonnière.

1945 — 11 avril et 1er mai, Cass. Civ. : D. 1945. Jpce p. 245 note P.L.P.

B. — JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

1° *Allemagne :*

1884 — 15 février, Trib. de l'Empire Allemand : Clunet 1886.108.
1903 — 20 novembre, Trib. Régional Supérieur de Hambourg : Clunet 1905.1058.
1904 — 27 octobre, Reichsgericht : Hanseatische Gerichszeitung 1905.57.
1908 — 4 avril, Reichsgericht : Entscheidungen 68.203.
1923 — 22 mars, Reichsgericht : Recht. 1923 n. 1024.
1927 — 19 mai, Reichsgericht : Die Deutche Rechst prechung auf dem gebiete des Internatiolanen Privatrecht 1926.27, n. 37.
1928 — 27 janvier, Reichsgericht : Entscheidungen 120.70.
1929 — 13 novembre, Reichsgericht : 7, für int. Recht 43-90.

2° *Angleterre :*

1896 — 21 juillet, Haute Cour d'Angleterre : Clunet 1897.185.
1905 — 11 janvier, Division du Banc du Roi : Rev. Dr. Intern. Pr. 1905.366.

3° *Belgique :*

1887 — 8 décembre, Cass. Belge ; Belgique judiciaire, 18 mars 1888.
1888 — 12 avril, Cass. Belge : Pasycrisie 1888.1.186.
1889 — 16 mai, Cass. Belge : P.P. 1143.
1891 — 23 avril, Cour d'Appel Bruxelles : Clunet 1891-597.
23 juillet, Cour d'Appel Liège : Clunet 1893.1243.
1892 — 14 janvier, Trib. Comm. Bruxelles : Clunet 1893.1245.
1901 — 20 février, Cour d'Appel Liège : Clunet 1902.883.
2 mars, Trib. Comm. Bruxelles : Clunet 1902.883.
1904 — 4 mai, Trib. Civ. Bruxelles : Rev. Dr. Intern. Pr. 1905. 377.
1905 — 1er mars, Trib. Civ. Bruxelles : Clunet 1905.1090.
1906 — 3 juillet, Trib. Anvers : Clunet 1907-810.
1909 — 18 janvier, Trib. Civ. Bruxelles.
1911 — 5 janvier, Cass. Belge : Clunet 1912.912.
5 février, Cass. Belge : Clunet 1914.635.

1935 20 décembre, Trib. Civ. Bruxelles : Clunet 1935.671, note Dubois-Clavier.

1936 — 11 juillet, Cour de Bruxelles : Rev. Dr. Intern. Pr. 1936. 121.

4° *Brésil :*

1919 — 2 octobre, Rio de Janeiro : Clunet 1921.990.

5° *Egypte :*

1891 — 4 novembre, Cour d'Appel d'Alexandrie : Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptienne, 1er décembre 1891. Clunet 1892.510.

1895 — 12 décembre, Cour d'Appel mixte d'Alexandrie : Clunet 1896.904.

6° *Etats-Unis :*

1906 — 3 décembre, Cour Suprême des Etats-Unis : Clunet 1907. 835.

1925 — 26 janvier, Cour Suprême des Etats-Unis : Clunet 1925. 1067.

1930 — 11 février, Cour d'Appel de New-York : Clunet 1930.782, note Scheftel.

7° *Hollande :*

1904 — 24 juin, Cour Suprême des Pays-Bas : Clunet 1908.921.

8° *Italie :*

1897 — 21 décembre, Turin : S. 1900.4.25, note Wahl.

1921 — 25 juin, Milan : Clunet 1922.1042.

1924 — 23 juin, Naples : Giuris Prudenza Italiana 1925.1.2.375.

1927 — 23 avril, Milan : Rivista di diritto internazionale 1928.110.

1934 — 26 avril, Turin : Rivista di diritto internazionale 1935.416.

9° *Roumanie :*

1932 — 5 décembre, Cass. Roumaine : Clunet 1935.718.

10° *Suisse :*

1910 — 16 septembre, Trib. Fed. Suisse : Clunet 1910.598.

11° *Juridiction Internationale :*

1920 — 14 et 15 juillet, CPJI : Rev. Crit. Dr. Intern. 1929 p. 457 et 477 note Niboyet et p. 484 et 485.

Vu : *Le Doyen,*
ANDRÉ TRASBOT.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
R. HOUIN.

Vu et permis d'imprimer :

Rennes, le 22 Octobre 1947.

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université :
P. HENRY.

IMPRIMERIES REUNIES
(Société coopérative)
22, Rue de Nemours, RENNES